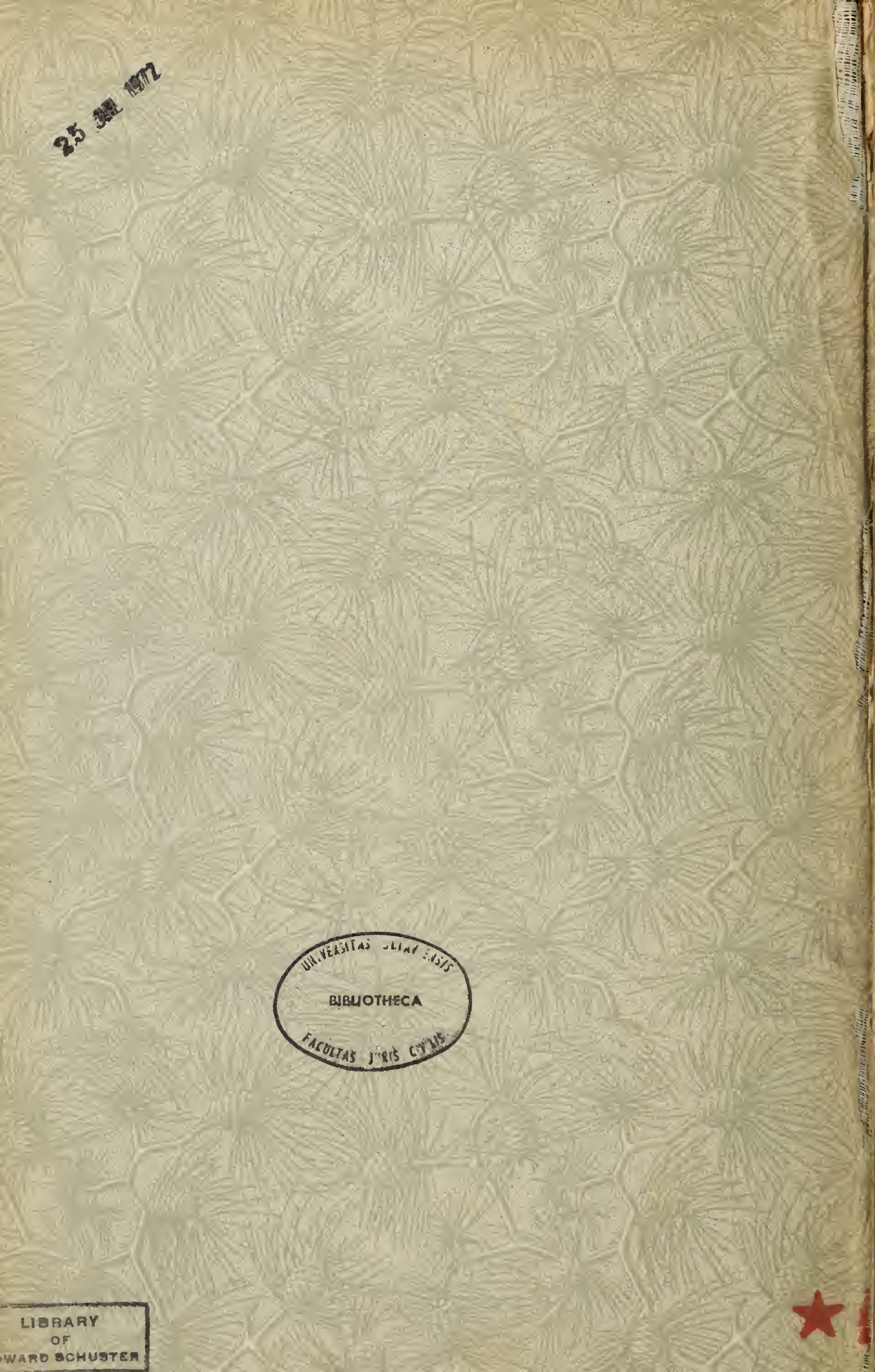
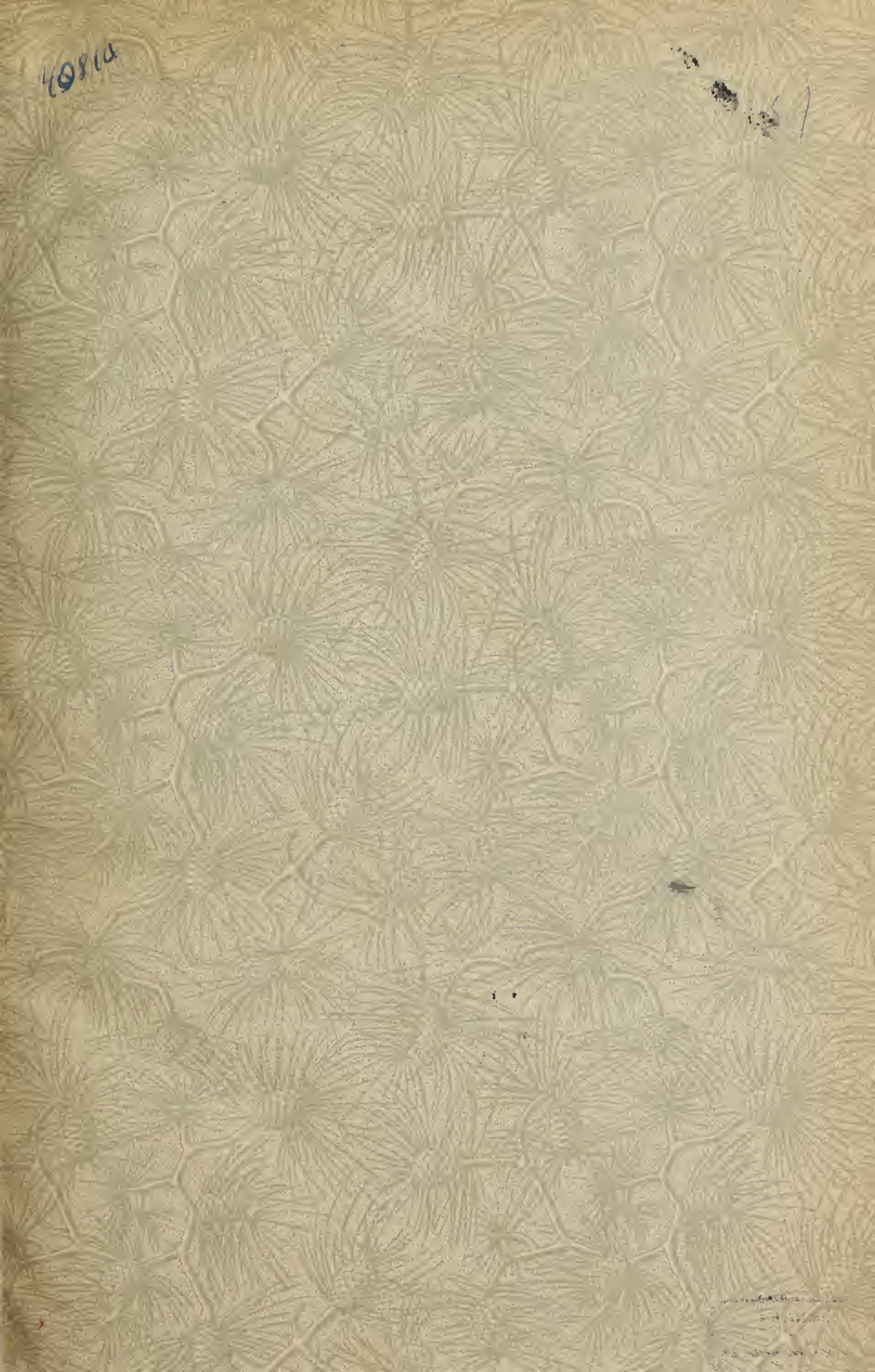





40814

Prof. JOSEPHUS JITTA

La substance des obligations dans le Droit International privé

Tome second

La Haye — Typ. A. D. Schinkel, F. J. Belinfante Succ.

LA SUBSTANCE
DES OBLIGATIONS
DANS LE
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

D. JOSEPHUS JITTA
Professeur à l'Université d'Amsterdam

TOME SECOND

OBLIGATIONS QUI N'ONT PAS LEUR SOURCE DANS UN CONTRAT
CONCLUSIONS





LA HAYE
LIBRAIRIE BELINFANTE FRÈRES
= 1907 =
Paris, MARCHAL & BILLARD, 27, Place Dauphine || Bruxelles, EMILE BRUYLANT, 67, Rue de la Régence
Berlin, PUTTKAMMER & MÜHLBRECHT
Rome, BOCCA FRÈRES

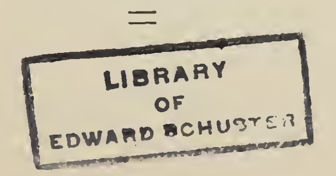


TABLE DES MATIÈRES

TROISIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN APPEL À LA FOI PUBLIQUE

TITRE PREMIER. GROUPEMENT GÉNÉRAL

Page

§ 75. **Examen général de la matière** 3
§ 76. **Première observation** 4
§ 77. **Seconde observation** 5
§ 78. **La pollicitation** 8
§ 79. **Groupement des titres de foi publique** 10

TITRE SECOND. EXAMEN DES DIVERS TITRES

1er GROUPE DE TITRES

LA LETTRE DE CHANGE

1re Section — Considérations générales

§ 80. **Caractère du droit international de la lettre de change** 12
§ 81. **Le travail progressif de la science** 13
§ 82. **Aperçu succinct des dispositions légales sur les conflits en matière de lettre de change** 15
A. La loi française . . . . „
B. L'ordonnance allemande 16
C. La loi anglaise de 1882 17

Page

a. forme 18
b. interprétation des déclarations . . . . . „
c. devoirs du porteur . . . . „
d. cours du change 19
e. computation de l'échéance . . . . „
D. Coup d'œil sur quelques autres lois . . . . . „
§ 83. Débuts de l'entente internationale 21
§ 84. Justification de mon plan de travail 23
§ 85. Division de la matière 25

2ᴱ Section — Les stations principales de la marche régulière

§ 86. Emission (création) 28
A. Emission ou création? . . . . „
B. Points saillants du droit comparé 29
a. la forme . . . . „
aa. nécessité de parler ici tout d'abord de la forme . . . . „
ab. signalement de la lettre de change . . 30
ac. pluralité de personnes pour une seule qualité 32
ad. exemplaires et copies 33
ae. timbre 36
b. incapacité spéciale 38
c. substance 40
ca. la garantie générale due par le tireur . „
cb. clauses particulières. 41
d. représentation 43
C. Application du droit. 44
I. quant aux faces que la lettre de change peut présenter . . . . „
II. quant à la forme 45
III. quant à la capacité. 50
IV. quant à la substance 54
V. quant à la représentation 57
§ 87. Endossement 58
A. Considérations générales . . . . „
B. Points saillants du droit comparé 59
a. rapport entre l'endossement et le titre sur lequel il se trouve. . . . . „

Page

b. endossabilité 60
c. différentes formes d'endossement . . . . „
ca. endossement nominatif ou restrictif . . „
cb. endossement régulier et endossement irrégulier 61
cc. endossement en blanc 62
cd. endossement de procuration 63
ce. endossement de nantissement . . . . „
cf. endossement partiel, conditionnel. . . 64
cg. endossement „sans garantie" 65
ch. endossement au profit de personnes déjà débitrices en vertu de la lettre . . . „
ci. endossement après l'échéance . . . . „
d. effet actif de l'endossement 66
e. effet passif de l'endossement 68
C. Application du droit 69
I. quant à la forme du titre . . . . „
II. quant à l'endossabilité 71
III. quant à la forme de l'endossement même. . 73
IV. quant au droit de l'endossé 74
V. quant aux obligations de l'endosseur . . . 75
§ 88. L'acceptation 78
A. Considérations générales. . . . . „
B. Points saillants du droit comparé 80
a. la présentation à l'acceptation . . . . „
aa. droit (faculté) de demander l'acceptation „
ab. devoir de demander l'acceptation . . „
ac. obligation d'accepter 82
b. la forme et la formule de l'acceptation . . 83
ba. forme du titre auquel l'acceptation se rapporte . . . . „
bb. acceptation par acte séparé, télégraphique, verbale . . . . „
bc. formule de l'acceptation. 84
bd. acceptation conditionnelle (partielle) . 85
be. indication d'un lieu ou d'une date . . 86
c. effets de l'acceptation 87
d. droit de biffer l'acceptation 89
C. Application du droit. 90
I. quant à la présentation à l'acceptation . . „

Page

II. quant aux formes et aux formules de l'acceptation. 93
III. quant aux effets de l'acceptation. 95
IV. quant au droit de biffer l'acceptation . . . 97
D. Observations sur l'aval . . . . „
§ 89. Le paiement 98
A. Considérations générales. . . . . „
B. Points saillants de comparaison 99
a. le lieu du paiement . . . . „
b. l'époque du paiement. 100
c. la somme à payer 101
d. la personne qui doit payer 103
e. la personne qui peut recevoir 104
C. Application du droit 109
I. quant aux conditions de la régularité de la présentation au paiement. . . . . . „
II. quant aux effets de l'acquisition, de bonne foi et sans faute, d'un titre régulier en apparence. 112
III. quant à l'effet libératoire du paiement fait à un créancier apparent 113

3ième Section — Incidents qui viennent troubler la marche régulière

§ 90. Refus d'acceptation 114
A. Division de la matière . . . . „
B. Points saillants de comparaison . . . . . „
a. constatation du refus. . . . . „
b. le recours 116
c. acceptation par intervention 117
C. Application du droit 118
I. quant au devoir de constater le refus et à la manière de le constater . . . . „
II. quant au recours 122
III. quant à l'acceptation par intervention. . . 123
§ 91. Insuffisance de la solvabilité des débiteurs 124
A. Points saillants de comparaison . . . . „
B. Application du droit 126
§ 92. Refus de paiement. 127

Page
A. Remarque générale 127
B. Points saillants de comparaison . . . . . . „
a. constatation du refus . . . . „
aa. formalités . . . . „
ab. notification du refus 129
ac. dispense du protêt, etc., en cas d'empêchement de force majeure . . . . „
ad. moratoria 130
b. droits du porteur . . . . „
ba. rapport entre ses droits et ses devoirs . „
bb. contre qui le porteur peut agir . . . 131
bc. ce que le porteur obtiendra 132
bd. modes spéciaux d'exécution 133
c. paiement par intervention . . . . „
ca. devoir de le demander et de l'accepter. „
cb. formalités attachées au paiement par intervention 135
cc. effets du paiement par intervention . . 136
C. Application du droit 137
I. quant au devoir de constater le refus et à la manière de le constater . . . . „
II. quant au recours du porteur 140
III. quant au paiement par intervention . . . 141
§ 93. Perte ou destruction de la lettre de change . . . 144
A. Observation générale et division de la matière . „
B. Points saillants de comparaison 146
a. reconstitution de la lettre perdue . . . „
b. rapport entre le porteur et l'accepteur . . „
d. rapport entre le porteur et les garants . . 147
C. Application du droit 148
§ 94. Découverte d'un faux. 151
A. Considérations générales. . . . . „
B. Deux points saillants du droit comparé . . 152
a. acceptation d'une lettre portant la signature fausse d'un tireur . . . . „
b. transmission de la lettre par un faux endossement 153
C. Application du droit. 155
§ 95. Observations sur la prescription et les autres causes d'extinction des obligations de change 160

4IÈME SECTION — RAPPORTS JURIDIQUES COLLATÉRAUX

Page

§ 96. **Considérations générales** 166
§ 97. **Division de la matière** 169
§ 98. **Le contrat de négociation de la lettre de change** . . 170
A. Points de comparaison quelque peu saillants . „
a. substance du contrat de négociation . . . 171
b. influence du rapport de négociation sur le rapport cambial. 172
B. Application du droit 175
§ 99. **Examen général des rapports entre le tireur et le tiré** 178
A. Considérations générales . . . . „
B. Points saillants de comparaison 179
a. le tiré, qui s'est engagé envers le tireur à accepter, n'accepte pas . . . . „
b. le tiré accepte 180
aa. droit de retenir la provision . . . . „
bb. obligation du tiré-accepteur envers le tireur . . . . „
c. le tiré accepte, mais ne paie pas 181
d. le tiré a payé 183
C. Application du droit 186
§ 100. **La transmission de la provision** 190
A. Considérations générales . . . . „
B. Points saillants de comparaison 192
C. Application du droit 194
§ 101. **Observations sur les autres rapports collatéraux** . . 197
A. La lettre de change par ordre et pour le compte d'un tiers . . . . „
B. Règlement d'une dette par le moyen d'une lettre de change. 198
C. L'enrichissement illégitime 200

2IÈME GROUPE

LES AUTRES TITRES, SERVANT AUX MOUVEMENTS D'ESPÈCES

§ 102. **Subdivision de la matière** 203
§ 103. **Simples observations sur le billet à ordre** 205
A. Esquisse de quelques éléments comparatifs . . „

Page
a. la place du billet à ordre dans les lois . . 205
b. la forme du billet à ordre . . . . „
c. effets attachés aux signatures 206
d. le billet émis par un non commerçant ou pour une cause civile 207
B. Application du droit. 208
§ 104. L'assignation (Anweisung). 211
A. Considérations générales. . . . . „
B. Points saillants du droit comparé 215
C. Application du droit 218
§ 105. Le chèque. 220
A. Considérations générales. . . . . „
B. Esquisse du mouvement législatif 221
a. Faut-il codifier le droit du chèque? . . . „
b. forme du chèque. 224
d. prétendues différences fondamentales entre la lettre de change et le chèque 226
C. Application du droit 229
I. quant à la nécessité d'une distinction . . . „
II. quant à l'émission et à l'endossement d'un chèque 230
III. quant au contrat d'ouverture d'un compte de chèques 234
§ 106. Titres au porteur, servant aux mouvements d'espèces 235
A. Considérations générales. . . . . „
B. Quelques points saillants de droit comparé . . 236
a. papiers en style de mandat. . . . . . „
b. papiers en style de promesse 237
ba. émis par des particuliers ou des institutions particulières . . . . . . „
bb. émis par des institutions publiques ou autorisées 238
c. papiers en style de reçu 239
C. Application du droit 240

3IÈME GROUPE

LES TITRES DE PLACEMENT (FONDS PUBLICS)

§ 107. Considérations générales et division de la matière . 243

Page

§ 108. Rapport entre l'établissement, qui émet les titres, et le titulaire 248

A. Points saillants de comparaison . . . . . . ,,

a. Titres émis par les Etats et les corporations de droit public . . . . ,,

b. actions et obligations émises par des institutions particulières 249

c. coupons d'intérêts ou de dividende, talons, etc. 253

d. obligations à lots 255

B. Application du droit 257

I. quant aux obligations dérivant de l'émission des titres . . . . ,,

II. quant aux coupons et aux talons 259

III. quant à l'élément aléatoire que certains titres contiennent. 261

§ 109. Destruction et perte des titres au porteur 264

A. Remarque générale . . . . ,,

B. Quelques points saillants du droit comparé . . ,,

a. Renouvellement du titre endommagé, détruit, égaré, volé . . . . ,,

b. Observations sur la revendication 267

C. Application du droit 270

I. quant à l'émission de duplicatas . . . . . ,,

II. quant à la revendication. 272

4IÈME GROUPE

LES TITRES LIBELLÉS EN MARCHANDISES

§ 110. Considérations générales et division de la matière . 277

1RE SECTION — LES TITRES EN STYLE DE MANDAT

§ 111. Observations générales 279

A. Caractère juridique des titres . . . . ,,

B. Points saillants du droit comparé . . . . . ,,

C. Application du droit. 282

2^E SECTION — LES TITRES EN STYLE DE PROMESSE

Page
§ **112. Examen général** 285
§ **113. Le connaissement maritime** 286
A. Délimitation des questions à examiner. . . . „
B. Points saillants du droit comparé 290
a. formes . . . . „
b. obligations attachées au connaissement . . 291
c. transmission de la qualité de créancier . . 293
d. collision d'exemplaires 295
e. transmission de la détention, de la possession ou de la propriété des marchandises mêmes 297
C. Application du droit 298
I. quant aux faces que le connaissement peut présenter . . . . „
II. quant à la forme 299
III. quant aux effets du titre pris en général. . „
IV. quant aux clauses d'exonération 302
V. quant à l'endossement 305
VI. quant à la collision entre les exemplaires . 306
VII. quant à la transmission de la détention, de la possession ou de la propriété des marchandises mêmes. 308
§ **114. La cédule (récépissé, warrant)** . . . . „
A. Observations générales . . . . „
B. Esquisse du droit comparé. 310
a. la cédule simple . . . . „
b. la cédule divisible 311
C. Application du droit. 312

QUATRIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN FAIT QUI CAUSE UN DOMMAGE À AUTRUI

TITRE PREMIER. GROUPEMENT GÉNÉRAL

§ **115. Observations préliminaires** 317
§ **116. Groupement** 319

TITRE SECOND. EXAMEN DES DIVERS GROUPES

1ER GROUPE

LE FAIT ILLICITE PERSONNEL, IMPUTABLE ET DOMMAGEABLE

Page

§ **117. Subdivision** 321

1RE SECTION — LE PRINCIPE GÉNÉRAL

§ **118. Considérations générales**. 323
§ **119. Points saillants du droit comparé** 324
A. Détermination du caractère illicite . . . . . „
B. Détermination du créancier 326
C. Détermination du débiteur. 328
D. Détermination de l'étendue du dédommagement. 331
E. Détermination de la durée de l'action 333
§ **120. Application du droit** 334

2IÈME SECTION — EXAMEN DE QUELQUES ACTES ILLICITES SPÉCIAUX

§ **121. Observations générales** 343
§ **122. Esquisse de quelques questions spéciales**. . . . 344
A. Les faits illicites prévus par une loi pénale . . „
B. Les attentats à la vie, à la santé, à la liberté, à l'honneur, au crédit, en particulier 348
C. La concurrence déloyale. 350
D. Actes illicites de fonctionnaires et leur répercussion sur les corporations de droit public, dont ils sont les agents ou les organes . . . 355
a. responsabilité personnelle des fonctionnaires „
b. responsabilité indirecte ou directe des corporations de droit public. 357
§ **123. L'abordage maritime** 359
A. Observations générales . . . . „
B. Quelques points saillants de comparaison. . . 361
a. abordage douteux . . . . „
b. faute commune 362
c. esquisse des autres divergences. 363
C. Application du droit 366

2ième GROUPE

LE FAIT PERSONNEL DOMMAGEABLE, QUI N'EST PAS IMPUTABLE OU PAS ILLICITE

Page
§ **124. Considérations générales et division de la matière.** . 371
§ **125. Observations sur quelques cas spéciaux** 373
A. Responsabilité personnelle d'enfants en bas-âge ou d'aliénés . . . . „
B. Dommage causé par un acte justifié par la nécessité. 375
C. Dommage causé par des actes de procédure civile. 378
§ **126. La rupture d'une promesse de mariage** 381
A. Caractère juridique de cette rupture . . . . „
B. Points saillants du droit comparé 382
C. Application du droit 385

3ième GROUPE

LA RESPONSABILITÉ ENGAGÉE SANS FAIT PERSONNEL

§ **127. Responsabilité attachée à une qualité ou à une profession** 390
A. Divergences quant au caractère juridique de cette responsabilité . . . . „
B. Quelques points de droit comparé 394
C. Application du droit 395
§ **128. Responsabilité engagée par des animaux.** 400
A. Points saillants du droit comparé . . . . . „
B. Application du droit 402
§ **129. Responsabilité engagée par des choses** 403
A. Esquisse du droit comparé . . . . „
B. Application du droit 405

CINQUIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS LE FAIT QU'UNE PERSONNE S'EST ENRICHIE AUX DÉPENS D'UNE AUTRE SANS CAUSE LÉGITIME

§ **130. Considérations générales et division de la matière** . 409

Page

§ **131. La répétition de l'indu** 412
A. Points saillants du droit comparé . . . . . „
a. le principe . . . . „
b. nuances que les législations présentent quant à l'application du principe 413
ba. la qualification négative dans l'expression „indu" . . . . „
bb. capacité de celui qui est obligé . . . 415
bc. accomplissement d'une obligation naturelle ou morale 416
bd. nécessité d'une erreur (excusable?) . . „
be. exclusion de la répétition lorsqu'une chose a été délivrée et reçue sur une cause illicite. 417
c. substance de l'obligation 418
d. observations particulières. 420
da. les cas où la répétition d'une prestation est demandée sur la base d'une obligation conventionnelle . . . . „
db. les cas où la répétition d'une chose est basée sur un droit de propriété . . . 423
B. Application du droit 424
I. quant au principe de la répétition . . . . „
II. quant aux diverses nuances dans l'application du principe 425
III. quant à la substance de l'obligation . . . 429
IV. quant aux cas qui ont donné lieu à des observations particulières 431
§ **132. Les autres cas où il y a une obligation fondée sur un enrichissement illégitime** . . . . „
A. Quelques points saillants du droit comparé . . „
B. Application du droit 433
I. quant à l'existence d'une obligation de restitution . . . . „
II. quant à la substance de cette obligation . . 437

SIXIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UNE GESTION SPONTANÉE DES AFFAIRES D'AUTRUI

Page

§ 133. Considérations générales et subdivision de la matière 441

§ 134. La gestion d'affaires proprement dite 443

A. Insignifiance relative de la matière pour la vie active . . . . „

B. Quelques points de comparaison, particulièrement saillants. 444

a. le caractère quasi-contractuel . . . . . „

b. influence de la mentalité du maître et du gérant 445

c. gestion par un incapable 447

d. obligations et droits du gérant et du maître 448

C. Application du droit 451

§ 135. Observations sur le sauvetage maritime 453

SEPTIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS LA QUALITÉ DE MEMBRE D'UNE COMMUNAUTÉ SPÉCIALE

§ 136. Considérations générales et division de la matière . 457

A. Considérations générales. . . . . „

B. Communautés spéciales, que j'exclus du cercle de mes investigations 459

a. rapports du droit de famille . . . . . „

b. rapports du droit des successions 460

c. rapports de copropriété ou de communauté. 461

d. rapports de voisinage 462

e. rapports entre les créanciers dans une faillite „

f. actio ad exhibendum (ad edendum). . . 463

C. Communautés spéciales que je me propose d'examiner. 464

§ 137. Les personnes dont les intérêts sont enchevêtrés à bord d'un navire 465

Page
A. Considérations générales 465
B. Points saillants de comparaison 467
a. la communauté du chargement en général . „
b. l'avarie commune 469
ba. observation générale . . . . „
bb. les cas où il y a avarie commune . . . „
bc. les valeurs sujettes à contribution . . . 471
bd. les règles d'York—Anvers—Liverpool . . „
C. Application du droit 472
I. quant à la communauté du chargement en général . . . . „
II. quant aux avaries communes 474
§ 138. Communauté d'intérêts entre les propriétaires de titres émis par une même corporation ou société . . . 479
A. Considérations générales . . . . „
B. Esquisse de l'état actuel du droit 481
C. Application du droit 482

HUITIÈME PARTIE

CONCLUSIONS

§ 139. Considérations générales et groupement des conclusions 487
§ 140. Conclusions au point de vue du juge 493
A. Observation générale . . . . „
B. Résultat des investigations au point de vue du juge . . . . „
a. la distinction des diverses faces des relations juridiques . . . . „
b. l'élément prépondérant des relations juridiques internationales 498
c. le droit commun international. . . . . . „
d. la conscience juridique du magistrat . . . 501
C. Importance des conclusions qui précèdent, pour les autres matières du droit international des obligations 503

Page

D. Résumé des conclusions en ce qui concerne le juge dont la loi nationale se tait sur les principes du droit international des obligations. . . 505

§ 141. Conclusions au point de vue du législateur national. 507

A. Observation générale . . . . „

B. Tentatives de solution par la voie de la législation nationale 508

a. obligations conventionnelles . . . . . . „

aa. distinction entre les actes unilatéraux et les actes bilatéraux . . . . „

ab. règles qui ont surtout pour but de trancher les soi-disants conflits 509

ac. règles qui ont attribué plus ou moins nettement au juge la mission de chercher la règle 512

ad. conclusions en ce qui concerne les obligations conventionnelles, au point de vue du législateur national 514

b. actes illicites 516

ba. rappel des principaux textes . . . . . „

bb. conclusions en ce qui concerne les actes illicites, au point de vue du législateur national . . . . „

c. autres sources d'obligations 518

ca. rappel des principaux textes . . . . . „

cb. conclusions en ce qui concerne les autres sources d'obligations, au point de vue du législateur national 519

d. relations juridiques spéciales 520

da. rappel de ce qui a été dit dans le cours de l'ouvrage . . . . „

db. conclusions en ce qui concerne certaines relations juridiques spéciales, au point de vue du législateur national 521

C. Résumé des conclusions au point de vue du législateur national. . . . . „

I. En ce qui concerne les obligations conventionnelles 522

II. En ce qui concerne les obligations basées sur un appel à la foi publique 523

Page

III. En ce qui concerne les obligations dérivant d'actes illicites 523
IV. En ce qui concerne les obligations qui ont une autre source. 524
V. En ce qui concerne certaines relations juridiques spéciales . . . . „

§ 142. Conclusions au point de vue d'une codification internationale 525
A. Observations générales . . . . „
B. Tentatives de solution par la voie d'une codification internationale. 527
a. l'harmonie dans la diversité . . . . „
b. l'uniformité matérielle du droit . . . . . . „
C. L'objet de la codification internationale . . . 529
D. Résumé des conclusions au point de vue d'une codification internationale 532

ERRATA

Page 4, ligne 22, au lieu de: „fois", lire: „foi".
„ 11, „ 15, „ „ „ „indossable", lire: „endossable".

C. P. C. L. B.

TROISIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN APPEL A LA FOI PUBLIQUE

TITRE PREMIER

GROUPEMENT GÉNÉRAL

§ 75. *Examen général de la matière.*

En faisant la classification générale des obligations, j'ai dit que les obligations, dont je vais m'occuper dans cette troisième partie, sont celles qui dérivent de titres, auxquels vient s'incorporer un lien de droit, qui a sa source dans un appel à la foi publique. En parlant d'incorporation, je n'ai pas en vue une action miraculeuse d'un lien de droit immatériel sur la matière du papier ; j'indique seulement, par une figure de langage, une fonction particulière du papier. Le papier garde par l'écriture la trace d'une action humaine, comme le sable du rivage garde la trace du pied nu ou chaussé, qui s'y est appuyé. Grâce à cette trace, le papier peut servir d'aide-mémoire, de moyen de transport pour les idées, de preuve, de justification d'identité et enfin de titre, lorsqu'une personne quelconque, remplissant les conditions indiquées dans le papier, devient, par ce seul fait, créancière d'une prestation, également indiquée dans le papier.

Je sais fort bien que la nature des obligations en question est fortement controversée et que le droit international privé ne peut se flatter de mettre fin aux dissentiments des auteurs, mais il doit les constater pour montrer combien ces dissentiments rendent difficile l'élaboration d'une codification internationale.

Pour le moment je me contente de deux observations.

La première est qu'il n'y a pas un abîme entre les obligations contractuelles et les obligations incorporées à des titres.

La seconde est que malgré tous les dissentiments, il y a au fond de toutes les théories une idée-mère, que je considère comme une émanation d'un droit commun international.

---

§ 76. *Première observation.*

S'il est vrai que le devoir social d'homme à homme, qui exige la sanction de l'obligation conventionnelle, est fondé sur la confiance inspirée par une promesse, devenue irrévocable parce qu'elle a été acceptée par un homme sérieux et raisonnable, on retrouve un devoir social du même genre dans les obligations incorporées à des titres. La déclaration, dont le titre garde la trace, inspire au public, du moins à tous les hommes sérieux et raisonnables qui en font partie, la confiance qu'une prestation sera faite à celui qui aura acquis le titre régulièrement et selon sa teneur, et la promesse devient irrévocable lorsqu'une personne a acquis le titre de cette manière. Dans les deux cas, l'ordre raisonnable de la vie en société exige que celui qui a fait appel à la confiance soit obligé. Il y a un appel à la foi privée dans le premier cas, un appel à la fois publique dans l'autre.

Il y a plus d'un pont, pour ainsi dire, entre le terrain de la foi privée et celui de la foi publique.

Ainsi lorsque la loi, comme l'a fait le code civil allemand dans ses §§ 145 et suivants, statue que celui qui a fait une offre est lié par cette offre pendant une période de temps raisonnable, il y a là réellement une obligation basée sur le fait d'une déclaration, qui a fait appel à la confiance, mais

qui n'est pas encore acceptée. De même, lorsque le mandant qui a donné un pouvoir au mandataire, révoque le mandat sans retirer le pouvoir, et que la loi considère le mandant comme lié envers les tiers, qui ont contracté de bonne foi avec le mandataire révoqué, c'est la confiance inspirée qui est la source de cette obligation. On peut même trouver une considération de ce genre dans l'article 1321 du code civil français, correspondant à l'art. 1910 du code civil néerlandais, en soutenant que ces articles dépassent la portée de la preuve, et qu'un tiers, en tant qu'il y a intérêt, peut invoquer la convention apparente, contredite par la contre-lettre secrète, parce que cette convention apparente lui a inspiré une confiance légitime (1).

Mais si cette confiance est l'élément de haute unité entre les deux classes d'obligations, il y a néanmoins une différence entre ces deux classes. Le contrat n'a pas normalement pour but d'inspirer de la confiance au public, le titre a naturellement ce but.

---

§ 77. *Seconde observation.*

Les auteurs ont tenté d'expliquer, au moyen de systèmes de toutes sortes, les obligations incorporées à des titres. Les uns supposent que la personne, qui a émis le titre, a conclu, avec le premier preneur, une convention au profit des porteurs futurs. A la rigueur, lorsque la convention en question n'a

(1) J. H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen* (La bonne foi des tiers et sa protection contre les agissements des parties); Amsterdam 1903 (thèse) p. 27 sqq. particulièrement Ch. III. J'ai été très heureux de voir combattre avec talent, par un de mes élèves, l'opinion que j'ai défendue.

pas été faite, on peut prétendre que les tiers peuvent invoquer la convention apparente que le titre présuppose. D'autres soutiennent que la volonté de la personne, qui a créé le titre, s'incorpore à ce titre de manière à ne plus pouvoir s'en détacher, dès que le titre est en circulation. D'autres encore soutiennent que c'est l'écriture ou que c'est la forme qui oblige, ou encore que l'obligation dérive de la loi, qui a attaché une obligation à certains faits.

Il est bien entendu que l'interprète du droit international privé ne peut pas discuter ces divers systèmes, mais si réellement ce droit est le droit privé considéré au point de vue de la société juridique du genre humain, celui qui s'en occupe est appelé à constater qu'il y a, au fond de tous les systèmes, la conviction de l'existence d'un devoir social d'homme à homme, qui forme, dans le droit commun international, la base des obligations attachées à des titres. Ce devoir social dérive du principe de confiance, tel que je l'ai formulé dans ma première observation. C'est toujours la confiance inspirée, par la vue du titre, à un homme sérieux et raisonnable, qui est à la fois base et mesure des obligations. Il y a seulement des divergences quant aux circonstances qui justifient la confiance de l'acquéreur, et ces divergences, vues de haut, n'ont que le caractère de nuances dans l'application d'un principe commun. Le titre peut être rédigé, dans le style d'une promesse directe ou dans le style, un peu ambigu, d'un mandat donné à un tiers ou d'une quittance à présenter à ce tiers. Dans le premier cas une tradition séculaire, dont le monde juridique n'a pas encore pu se dégager franchement, exige *l'indication d'une cause* ou tout au moins *une forme* qui la remplace. Dans le second cas c'est encore *la forme* qui donne la signification d'une

promesse au mandat apparent, à la quittance ambiguë. Ce règne de la forme est plus ou moins absolu, et c'est sous ce rapport que l'on constate des nuances, mais en somme, d'après toutes les lois, le papier indiquant qu'une prestation sera faite à celui qui l'aura acquis régulièrement et selon sa teneur, devient un titre et produit par lui-même une obligation, lorsque le papier, tel qu'il se présente, a dû, d'après la conviction générale du public dont les législateurs se font les organes, inspirer à l'acquéreur sérieux et raisonnable la confiance que la prestation lui serait faite. En ce sens, il y a un droit commun international.

La règle, que je viens de mentionner, forme le pendant de celle qui dit que toutes les conventions, légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elle explique comment un lien de droit se forme entre le signataire et l'acquéreur du titre, et comment la substance de cette obligation se détermine. La règle comporte des exceptions, lorsque des considérations, également empruntées à des exigences de l'ordre raisonnable de la vie sociale, et plus puissantes que le principe de confiance, s'opposent à la sanction des obligations. Il est ainsi en cas d'incapacité et même, *pourvu qu'on mette les choses bien au point*, en cas d'erreur, de dol ou de violence. Mais ces exceptions existent, sur la même base, pour les obligations conventionnelles.

Pour confirmer ce que je viens de dire quant au droit commun international, je me permets de consacrer quelques lignes à la pollicitation, considérée comme une source d'obligations. Il n'y a pas un grand intérêt pratique attaché à la matière, mais cet intérêt n'est pas tout à fait absent. Je ne m'arrêterai qu'un instant, en recommandant la question aux méditations de ceux qui aiment à exercer leur imagination.

§ 78. *La pollicitation.*

Lorsqu'une personne digne de foi fait une promesse conditionnelle au public, le public a confiance. La police, assez souvent, promet une récompense à celui qui fera découvrir un malfaiteur ; une université met une question en concours ; un particulier annonce qu'il s'engage à donner une somme, déterminée ou non, à celui qui rapportera un objet perdu ou qui fera une découverte. Le public a confiance, mais y a-t-il un lien de droit ?

Le droit civil allemand a réglé la matière, en suivant la tradition populaire, consacrée par le code général prussien. Les §§ 657—661 du code civil posent le principe et lui donnent toutes sortes de développements, en prévoyant la révocation de la promesse, l'action isolée ou conjointe de plusieurs personnes et tout spécialement le cas de concours (1). Mais y a-t-il sous ce rapport un droit commun et le principe sera-t-il admis dans les pays où la loi est muette ? L'exposé des motifs du premier projet de code civil allemand (2) l'admet pour l'Autriche et la France, mais je ne voudrais pas donner une réponse affirmative pour notre droit civil néerlandais (3). L'existence d'un droit commun international est tout au moins douteuse.

Ce doute ne fera pas obstacle à l'application d'un droit déterminé lorsque la pollicitation se localisera, ce qui sera le cas le plus fréquent. Lorsqu'une personne établie en Allemagne

---

(1) Cosack, *Lehrbuch des D. B. R.* I., § 153. Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens* (1906) II² §§ 335 et 336.

(2) *Motifs*, ad § 581, II, p. 518.

(3) Goudsmit, *Pandectensysteem* II, § 26 ; Diephuis, *Het N. B. R.* X, pp. 349 et 353.

y a publié son intention et que la condition, sans devoir être absolument remplie en Allemagne, se rattache à la vie active locale, par exemple lorsqu'elle consiste dans la découverte de l'auteur d'un méfait commis en Allemagne, un juge étranger appliquera le droit allemand. Mais qu'on suppose, avec un certain effort d'imagination, le cas d'un touriste allemand, dépouillé dans les Pays-Bas par des malfaiteurs, et qui place une annonce dans les journaux néerlandais en spécifiant une récompense. Peut-on dire alors qu'il y a une obligation et qu'elle sera soumise à une loi?

D'après la méthode classique, on pourrait vouloir appliquer la loi nationale ou domiciliaire du touriste, la loi du lieu où il a publié son annonce, la „lex loci executionis", etc. C'est un beau débat. Pour moi, il s'agit au fond de savoir s'il y a un droit commun international. L'existence de ce droit admise, le touriste sera obligé en principe, et la mesure de son obligation sera déterminée par la confiance que son annonce a dû inspirer au public dans les circonstances de la cause. Si, au contraire, la réponse est négative, il faudra reconnaître que la solution du cas pourra être différente selon le pays où la question se posera. Dans notre cas, le juge néerlandais n'admettrait probablement pas l'existence d'une obligation sur le seul fait de la nationalité du touriste; le juge allemand le condamnerait non moins probablement à payer ce qu'il a promis à celui ou à ceux qui auraient rempli la condition.

Cela suffit pour faire voir qu'il y a une différence entre la pollicitation et l'émission d'un titre qui, comme cela est certainement le cas pour la lettre de change, fait naître une obligation dont l'existence est reconnue dans le droit commun international.

§ 79. *Groupement des titres de foi publique.*

Ce groupement peut se faire de plusieurs manières.

On peut, au point de vue strictement scientifique, faire un groupement qui embrasse tous les titres en tenant compte de toutes leurs nuances ; leur *forme extérieure* ou plutôt leur *style*, le *mode d'indication du titulaire*, la *nature de la prestation* à laquelle ils donnent droit et enfin leur *but économique.*

Au point de vue de la forme extérieure ou du style, les titres sont rédigés en termes de mandat, de promesse, de quittance, de bon, etc. Cela ne devrait avoir qu'une influence minime, mais les lois sont souvent formalistes.

Quant au mode d'indication du titulaire, circonstance qui le plus souvent domine la transmission, les titres sont nominatifs, à ordre ou au porteur.

La prestation à laquelle les titres donnent droit peut être une somme d'argent, une quantité de marchandises, un service, une chance, etc. Un titre peut même donner droit à un autre titre.

Enfin les titres peuvent servir à la circulation de l'argent ou des marchandises ou aux placements de capital. Souvent ils ont un but plus spécial encore, celui de faciliter les paiements, la vente, le nantissement. Il y a des titres qui ont un double but.

La combinaison de ces nuances donne lieu à une grande variété de titres, que l'on peut définir par l'indication des différences qu'ils présentent par rapport aux autres titres. Ainsi la lettre de change est un titre, en style de mandat plus ou moins sujet à des formes, généralement à ordre, mais qu'on peut concevoir aussi comme titre nominatif ou même au porteur, donnant droit, dans un lieu et à une

époque déterminables, à une prestation en argent, et destiné à faciliter la circulation de l'argent sans déplacement effectif. On pourrait caractériser, de la même manière, le billet à ordre, le chèque-mandat et le chèque-récépissé, l'action ou l'obligation, le coupon, le talon, le connaissement, la cédule et le warrant, etc. etc. A la rigueur on pourrait imaginer des formules comme celles dont on se sert pour les produits chimiques. La lettre de change serait indiquée par I^1 II^2 III^1 IV^1, le billet à ordre (style de promesse) par I^2 II^2 III^1 IV^1, etc.

Mais toutes les législations ne se prêtent pas à ce mode de classification. Il y en a qui distinguent soigneusement entre le style du mandat formel de la lettre de change et le style du mandat plus simple, qui n'est qu'une assignation. La faculté de rendre les titres indossables par une clause à ordre est souvent limitée. Tous les titres au porteur ne sont pas tolérés. Il y a controverse parfois sur la question de savoir si tel papier est un titre, un certificat de légitimation, ou même un simple moyen de preuve. Il en résulte que la classification scientifique est plus utile comme moyen didactique que comme mode de groupement d'un travail de droit international basé sur le droit comparé.

Je suivrai un mode de groupement plus pratique, qui me permettra de mettre en avant la lettre de change et d'appeler successivement l'attention sur les titres les plus importants. De cette manière j'arrive aux quatre groupes suivants :

1°. la lettre de change ;

2°. les autres titres servant aux mouvements d'espèces

3°. les titres de placement (fonds publics) ;

4°. les titres libellés en marchandises.

TITRE SECOND

EXAMEN DES DIVERS TITRES

1er GROUPE DE TITRES

LA LETTRE DE CHANGE

1re SECTION

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

§ 80. *Caractère du droit international de la lettre de change.*

Une introduction historique ne serait pas à sa place ici. Mais il m'est permis de dire que le droit international de la lettre de change présente un caractère très particulier. C'est un droit qui s'est formé, non pas par l'invention d'un homme ou d'un peuple, comme le disent des traditions qui n'ont que la valeur de contes de nourrice, selon l'expression de GOLDSCHMIDT (1), mais par les usages du commerce universel. Malgré les divergences des lois, c'est un droit international de sa nature.

Ce caractère nous explique comment le terrain du droit international de la lettre de change est devenu un terrain battu. Les lois de tous les pays du monde ont été recueillies et traduites. Des travaux comparatifs remarquables ont été publiés. Les difficultés que les divergences des lois font

---

(1) *Universalgeschichte* (Handb. des H. R.-I.), p. 409.

naître ont été étudiées à peu près dans tous les pays. Plusieurs lois ont des dispositions positives sur les soi-disants conflits.

On a tenté de formuler des règles internationales pour ces conflits. On a même rédigé des projets d'une loi uniforme, destinée à être promulguée par tous les Etats. Je me propose de donner une idée des résultats obtenus, et de justifier ensuite mon plan de travail.

---

§ 81. *Le travail progressif de la science.*

L'événement le plus considérable de l'histoire de la lettre de change est la promulgation de l'ordonnance allemande, travail magnifique préparé par le génie d'Einert, de Thöl et de Liebe. Elle a été une œuvre d'unification, sinon internationale du moins intermunicipale, et les réunions qui l'ont préparée sont un véritable modèle, digne d'être suivi par le monde civilisé. L'ordonnance allemande n'a rien perdu de sa popularité dans le pays, politiquement unifié aujourd'hui, où elle est née, elle a gagné beaucoup de terrain dans les autres pays. Cependant l'influence du code de commerce français s'est maintenue et le droit anglo-américain suit sa propre voie.

L'ordonnance allemande, qui elle-même renferme quelques dispositions sur les conflits, que je rappellerai dans le § suivant, a été un puissant levier, non seulement pour la science du droit de change considéré en lui-même, mais aussi pour le droit international privé, en matière de change. Dans mon pays, elle a été accueillie avec enthousiasme, notamment par Vissering et par Kist, et, dès 1858, Hovy a consacré une

thèse au droit de change international (1). La loi allemande a donné un grand essor au droit de change comparé. Le recueil de BORCHARDT (2) représente un matériel formidable, et depuis que le droit de change anglais a été codifié en 1882, une classification en lois du type français, du type allemand en du type anglais est devenue usuelle (3). On pourrait y ajouter un type espagnol, en tenant compte de l'expansion remarquable de la civilisation espagnole dans le monde, particulièrement dans l'Amérique centrale et dans l'Amérique du Sud. Grâce au droit comparé, les questions du droit international de la lettre de change ont pris un caractère plus pratique que dans la plupart des autres matières. On trouve des données comparatives dans la plupart des grands traités de droit commercial, tout particulièrement dans celui de LYON-CAEN et RENAULT (4), et dans les ouvrages consacrés au droit de change, tels que le beau travail de GRÜNHUT (5). Ces deux travaux portent aussi sur le droit international. Il y a même des ouvrages consacrés tout spécialement au droit comparé. Je citerai ceux de VIDARI, en Italie, de G. COHN et de F. MEYER en Allemagne (6).

Le droit international de la lettre de change occupe une

---

(1) VISSERING, *Het wisselregt der XIXe eeuw* (1850). KIST, *Beginselen van wisselregt* (1852). A. J. HOVY, *De beginselen van het internationale wisselregt*. Leiden, 1858.

(2) Dr. S. BORCHARDT, *Vollständige Sammlung der Deutschen Wechselgesetze und der ausländischen Gesetze*. Berlin 1871, avec suppléments.

(3) CHRÉTIEN, *De la lettre de change en droit international*, (Nancy, 1881) p. 8. THALLER, dans le *Bulletin de la Soc. de législ. comp.* 1900, p. 785 sqq.

(4) *Traité de droit commercial*, 2e edit. Paris 1889.

(5) *Wechselrecht*. (BINDING, Handbuch), Leipzig, 1897.

(6) VIDARI, *La lettera di cambio*. Stud. crit. di legis. comp. Firenze, 1869. G. COHN, *Beiträge zur Lehre vom einheitlichen Wechselrecht*, Heidelberg, 1880. F. MEYER, *Weltwechselrecht*. Berlin, 1906.

large place dans les manuels de droit international privé publiés dans toutes les langues, particulièrement, pour en citer quelques-uns, dans ceux d'Asser, de von Bar, de Westlake, de Fiore, de Weiss, de Meili. Il est inutile d'en donner une bibliographie. Il y a aussi un assez grand nombre de monographies, écrites également dans toutes les langues, notamment celles de Hovy, dans mon pays, de Brackenhoeft en Allemagne, d'Esperson, de Norsa et d'Ottolenghi en Italie, de Brocher, en Suisse, de Chrétien et de Champcommunal en France, etc. Au nombre des monographies je me permets de ranger le chapitre que Diena, dans son beau livre sur le droit commercial international (1), a consacré à la lettre de change.

Le grand nombre des travaux remarquables sur la matière me permettra d'être bref sur les matières longuement traitées par les bons auteurs. J'ai horreur des livres faits avec des livres.

---

§ 82. *Aperçu succint des dispositions légales sur les conflits en matière de lettre de change,*

A. **La loi française.**

Le code de commerce français règle la lettre de change sans s'occuper particulièrement du droit étranger. Ses articles 160 et 166, dans la forme que leur a donnée la loi du 3 Mai 1862, supposent bien que la lettre de change peut circuler dans tout l'univers, mais ils ne visent le droit étranger que par le silence qu'ils gardent sous certains rapports. Les questions de capacité, de forme, de substance,

(1) *Trattato di diritto commerciale internazionale*, III, cap. primo.

etc., qui peuvent naître de la circulation universelle, doivent être résolues, soit par les trois statuts, comme le dit Brocher (1), soit par les principes généraux. Massé (2), Lyon-Caen et Renault (3) et Champcommunal (4), entre autres, ont suivi cette dernière voie.

B. L'ordonnance allemande.

Elle consacre à l'application des lois étrangers trois articles (84, 85 et 86) qui sont connus, archi-connus même, et que je me contente de rappeler. Tous les auteurs, et ils sont nombreux, qui ont commenté l'ordonnance, en parlent (5).

L'art. 84 renvoie pour la capacité d'un étranger, en matière de change, à sa loi nationale. Mais la loi a statué une exception, dans le but de donner, en Allemagne, une plus grande sécurité aux transactions de la vie active. L'étranger, quoique incapable de s'obliger par lettre de change d'après la loi de sa patrie, est obligé, s'il a signé en Allemagne et s'il est capable d'après la loi allemande.

On a pu discuter autrefois si cet article était limité à la *capacité spéciale de s'obliger par lettre de change* (6). Aujourd'hui, que la loi sur la mise en vigueur du code civil a une disposition générale (art. 7), il est difficile de maintenir cette limite.

---

(1) *Cours de droit intern. privé*, II, n°. 250.

(2) *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil ;* pass.

(3) Op. cit., vol. IV. n°s. 624 sqq.

(4) Dans les *Annales* de Thaller, 1894. *Doctr.* p. 1 sqq. ; 142 sqq. etc.

(5) Entre autres : Grünhut, op. cit. § 142. Niemeyer, *Das in Deutschland geltende I. P. R.* §§ 92, 93 (Jurisprudence). Conf. Beauchet dans les *Annales* de Thaller, 1888, p. 21.

(6) Von Bar, op. cit., II, n°. 300. Conf. Asser, *Schets van het I. P. R.* p. 142.

L'art. suivant se rapporte à la forme, et commence par appliquer à cette forme la loi du pays, où une déclaration constitutive d'obligation a été faite. Mais cette disposition est suivie de deux „toutefois". Le premier statue que lorsqu'une déclaration a été faite en pays étranger, sans observation des formes de la loi locale, mais avec les formes de la loi allemande, et que postérieurement une nouvelle déclaration (un endossement p. e.) est faite en Allemagne, l'inobservation de la loi étrangère n'invalide pas cette dernière déclaration. Une seconde disposition déclare les formes de la loi allemande suffisantes, lorsqu'un Allemand s'oblige à l'étranger envers un compatriote.

Le dernier des trois articles constate que la forme d'un acte, qui se fait à l'étranger pour conserver les droits dérivant d'une lettre de change, est déterminée par la loi étrangère locale.

Il y a encore quelques articles d'une portée internationale, disséminés dans l'ordonnance, par ex. l'art. 52.

DERNBURG (1) dit que quant au reste il faut appliquer la loi que les parties ont eu en vue, ou, à défaut d'intention reconnaissable, la „lex loci executionis". GRÜNHUT s'étend bien davantage (2).

C. **La loi anglaise de 1882.**

Cette loi a consacré une section, (la section 72) (3), à ce qu'elle appelle les conflits de loi. Je la résume en 5 points.

---

(1) Op. cit., II², § 281, III.

(2) Op. cit., II, § 142.

(3) CHALMERS, *The bills of exchange act, 1882*, ad sect. WESTLAKE, *A treatise on priv. i. l.* (4th ed. 1905, § 227 sqq. FOOTE, *A concise treatise on p. i. jurispr.* (3th ed. 1904) p. 437 sqq.

a. *forme.*

La loi renvoie quant à la forme, en ce qui concerne l'émission de la lettre, à la loi du lieu où elle se fait, et quant aux déclarations ultérieures, à la loi du lieu où elles se font. Mais elle a aussi deux „toutefois". Le premier dit que la lettre de change étrangère ne saurait être invalidée en Angleterre (où, entre parenthèses, la loi exige le timbre à peine de nullité) par suite de l'inobservation d'une loi fiscale étrangère. Le second „proviso" statue que la lettre émise en pays étranger, et qui correspond quant à la forme au droit anglais, peut être considérée comme valable à l'égard des personnes qui la négocient ou qui la détiennent en Angleterre, ou qui deviennent parties dans ce pays.

b. *interprétation des déclarations.*

La loi renvoie aussi à la loi du lieu où une déclaration a été faite. Mais elle a encore deux réserves. D'une manière générale elle renvoie aux dispositions spéciales qu'elle contient, ce qui semble viser les autres parties de la section 72, et peut-être quelques autres sections (1). De plus, elle ajoute que lorsqu'une lettre de change intérieure (sect. 4) a été endossée en pays étranger, la signification de l'endossement, pour ce qui est du paiement, sera déterminée par la loi anglaise.

c. *devoirs du porteur.*

En ce qui concerne la présentation à l'acceptation ou au paiement et la nécessité ou la suffisance d'un protêt, d'une notification ou d'un acte analogue, la loi anglaise renvoie à la loi du lieu où le fait se passe, ou bien à la loi du lieu où la lettre est en souffrance.

---

(1) CHALMERS, op. cit., ad sect. 72, sub-sect. 2.

d. *cours du change.*

Lorsqu'une lettre de change tirée en pays étranger est payable dans le Royaume-Uni, et que la somme à payer est en monnaie étrangère, le cours, en l'absence d'une stipulation particulière, est celui d'une lettre de change à vue, au lieu et à l'époque de l'échéance.

e. *computation de l'échéance.*

Pour la lettre tirée d'un pays et payable dans un autre, cette computation se fait d'après la loi du lieu de paiement.

D. **Coup d'œil sur quelques autres lois.**

Il y a des lois, qu'on peut appeler en général lois du type français, qui gardent le silence quant au droit international spécial de la lettre de change. Mais il y a encore des nuances dans les conséquences de ce silence. Ainsi notre code de commerce néerlandais n'a pas de règles bien caractérisées, mais dans la loi générale sur l'application du droit se trouve l'art. 10, qui pose la règle „locus regit actum" en termes formels (1). Dans le droit italien, le droit international de la lettre de change se trouve aussi placé sous l'empire des principes généraux, consacrés par des textes, notamment l'art. 9 des dispositions préliminaires et l'art. 58 du code de commerce (2).

D'autres lois suivent le sillage de l'ordonnance allemande. Il en est ainsi du code fédéral suisse (artt. 822—824). L'art. 822, après avoir réglé, pour les étrangers, la capacité

---

(1) Hovy, op. cit., Chap. II, p. 71.

(2) Contuzzi, dans la Revue *Böhm* I, p. 573 (jurisprudence). Diena op. cit., pass.

de s'obliger par lettre de change, dit que la capacité des Suisses est régie par le code fédéral, peu importe qu'ils résident dans le pays ou à l'étranger (1).

Les lois scandinaves sont dans le même cas (2). Le § 85 (texte suédois), in fine, considère les citoyens suédois, norvégiens et danois comme faisant partie d'une seule union, au point de vue du droit de change.

La loi russe du 27 Mai/9 Juin 1902 (artt. 82—84) suit aussi d'assez près le droit allemand (3). La loi n'est pas en vigueur en Finlande et en Pologne. Elle applique à ces pays les dispositions qui viennent d'être citées, et particulièrement à la Finlande l'art. 46, relatif à la monnaie et au change.

Les principes du droit de change anglais ont exercé une influence considérable sur le droit d'un grand nombre des Etats, qui forment les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, mais ces lois, aussi nombreuses que les Etats (abstraction faite de l'uniformité qui tend à s'établir) présentent des différences, d'autant plus sensibles que la vie active unit chaque jour les citoyens des divers Etats. Les Etats, conformément à leur constitution et à la constitution fédérale, forment des souverainetés indépendantes, et les soi-disants conflits entre leurs lois doivent être décidés d'après les principes du droit international privé (4). La question se complique par l'existence d'un pouvoir législatif fédéral, dont les attributions sont strictement déterminées par le pacte fondamental de l'Union, et par la juridiction de cours fédé-

(1) Conf. MEILI, *Das intern. Civil und H. R.* § 184, II, 2. Je n'entre pas dans la controverse.

(2) Conf. CH. GOOS, dans la Revue *Rolin*, 1881, p. 349.

(3) Traduction et annotations, par KEISZNER et NEUBECKER, dans la *Zeitschrift* f. d. G. H. LIII, (1903) p. 479, sqq.

(4) DANIEL, *A treatise on the law of neg. instruments*, I, § 863. DUDLEY FIELD dans ses *Outlines of an intern. code*, (art. 620 a.) ne s'occupe que des lettres de change internationales.

rales pour les procès entre citoyens d'Etats différents. Ces cours fédérales n'appliquent pas un droit commun supérieur aux lois des Etats, sauf dans des circonstances extraordinaires, où la loi d'un Etat viole manifestement le droit commercial commun (1). La situation générale du droit a été considérée depuis longtemps, par l'Association Américaine des Juristes, comme défavorable au pays, et des tentatives ont été faites de faire adopter une loi uniforme dans tous les Etats et dans le district fédéral. Ce projet a été en partie réalisé (2). Mais la question reste brûlante, tant pour ce qui est des rapports avec les Etats, qui n'ont pas accepté le projet ou qui ont fait des changements, que pour ce qui est des Etats étrangers. Le travail de DANIEL peut donner une idée du développement que la matière a pris sur un terrain aussi propice.

---

§ 83. *Débuts de l'entente internationale.*

L'universalité de la vie active, dans laquelle la lettre de change joue un rôle si important, a dû nécessairement appeler l'attention sur les moyens de mettre fin aux inconvénients de la diversité des lois par le moyen d'une entente internationale. Ces tentatives ont été faites en deux sens. On a cherché à résoudre les conflits de loi, comme on dit, d'une manière uniforme pour tous les Etats. D'un autre côté, on a cherché à formuler une loi-type destinée à être adoptée successivement par tous les pays.

Le traité de droit commercial de Montevideo (3), conclu en

(1) DANIEL, I, § 449, citant en note *Watson* v. *Tarpley* 18 How. 517.

(2) CRAWFORD, *The negot. instrum. Law.*, 2e edit. (1902). Préface. Je citerai la loi uniforme par les numéros des §§ de CRAWFORD.

(3) Journal de *Clunet*, 1897, p. 895.

1889, renferme plusieurs articles sur la lettre de change (artt. 26—34). Ces articles ont trait à la forme de l'émission, aux rapports juridiques qui en naissent, à l'acceptation ordinaire et à l'acceptation par intervention, à l'endossement et à l'aval, en renvoyant brièvement à telle ou telle loi. Ce n'est pas le moment d'entrer dans des détails. En Europe, un projet de règlement international des conflits a été élaboré par l'Institut de droit international (1), dans sa session de Bruxelles en 1885, en même temps qu'un projet de loi uniforme. Ce dernier projet, dans son article 2, contient une disposition sur la capacité de s'obliger par lettre de change, dans les rapports internationaux.

L'unification matérielle des lois sur la lettre de change semble une tâche beaucoup plus ardue que la solution des conflits. Cependant cette tâche a été entreprise. En réalité, l'ordonnance allemande, le code suisse, les lois scandinaves, la loi américaine, en tant qu'elle a été adoptée, sont des tentatives d'unification qui ont réussi. Pour le monde entier, les difficultés sont plus grandes, sans doute, mais non insurmontables. Je me contenterai de rappeler les principales tentatives de codification universelle. L'Association pour la réforme et la codification du droit des gens — aujourd'hui l'Association de droit international — a préparé, dans les sessions tenues en 1876, 1877 et 1878, un projet d'unification des législations sur certains points importants (2). L'Institut de droit international a élaboré en 1885, comme il a été dit plus haut, un projet de loi complet (3). En 1885 et 1888, des congrès internationaux ont été tenus à Anvers et à Bruxelles,

---

(1) *Annuaire* VIII, p. 121. Conf. *Annuaire* VII, p. 53—99.
(2) Report on the sixth conference. (Frankfort o. t. M.) 1878, p. 127.
(3) *Annuaire* VIII, p. 79 sqq.

sur l'invitation du Gouvernement belge ; on y a élaboré un projet de loi-type. Les actes de ces deux congrès ont été publiés. Tout récemment, la question a été mise de nouveau à l'ordre du jour. Des résolutions ont été votées dans plusieurs congrès, notamment dans le congrès des Chambres de commerce tenu à Milan en 1906. Ces résolutions ont trouvé de l'écho en Allemagne, et M. Felix Meyer a repris toutes les conclusions de l'Association de droit international, dans un beau travail de comparaison, destiné à préparer l'unification (1).

---

§ 84. *Justification de mon plan de travail.*

Malgré mon respect pour les travaux de mes devanciers, je tiens à appliquer à la lettre de change la méthode d'investigation que je suis. J'ai pour cela plusieurs raisons. D'abord cette méthode se distingue assez nettement de celle de ces devanciers. Je n'accepte pas le joug du statut personnel, du statut des formes et du statut des faits, et, au lieu d'appliquer simplement à la lettre de change des principes généraux tout faits, je prétends mettre ces principes mêmes sur la pierre de touche. Puis, je rappelle que je ne considère pas la forme et la capacité comme des matières directement à examiner ; je n'en parlerai qu'en tant qu'elles exercent une influence sur la substance. De plus, pour moi, le droit international de la lettre de change n'est pas un droit isolé, c'est une branche du droit des titres, et l'étude de la lettre de change me servira de marche-pied pour arriver aux autres titres. Je suis d'avis que le droit international des titres ne

---

(1) *Weltwechselrecht*, Die Verschiedenheiten des geltenden Wechselrechts und deren Vereinheitlichung. Berlin, 1906.

peut pas laisser de côté les divergences des lois quant à l'assignation et quant au chèque. Enfin, le fait que je ne ramène pas toutes les questions à des conflits de lois, qu'il faut trancher à tout prix, a pour conséquence que mon attention ne se porte pas uniquement sur les divergences des lois, mais aussi sur ce que j'appelle le droit de change commun international.

Ce droit de change commun est une chose des plus remarquables. Il est certain que les divergences des lois n'empêchent pas la lettre de change de circuler comme titre international. Est-ce parce que les dispositions légales sur les conflits sont suffisantes, ou parce que la doctrine les complète ? Nous verrons qu'il n'en est rien. La vérité est que si la lettre de change parvient à remplir à peu près son rôle international, c'est qu'il y a au fond de toutes les législations des principes de droit commun, dont le monde des affaires se rend compte presque instinctivement, et qui suffisent pour les cas où tout marche régulièrement. Il y a au moins quatre de ces principes. Ils se rapportent à l'émission, à l'acceptation, à l'effet actif de l'endossement et à la garantie due par les endosseurs. On pourrait les appeler les quatre règles fondamentales du droit de change universel.

Je me permets, par curiosité, de les résumer ainsi :

I. Le tireur répond de l'acceptation et du paiement.

II. Qui accepte, paie.

III. L'endossé emprunte à la lettre le droit d'agir contre l'accepteur et, à défaut de paiement, de se retourner contre le tireur.

IV. Tous les endosseurs sont tenus de garantir le porteur, pourvu que ce dernier n'ait pas été négligent.

C'est parce que le monde des affaires sait qu'il en est

ainsi, qu'il ne craint pas de prendre en portefeuille les lettres de change étrangères.

Ce mouvement, à son tour, réagit sur l'étude du droit comparé. L'œuvre de l'unification du droit a été considérée comme réalisable par beaucoup de bons esprits. On pourrait presque dire qu'il n'y a pas grand intérêt à étudier les suites de divergences, qui sont en voie de disparaître.

Cependant je vais entreprendre cette étude. Je la crois utile en elle-même. Et si elle n'avait qu'une valeur de transition, je m'en contenterais. Le rôle d'un humble pionnier de l'unification ne me rébute pas. J'ai pu constater souvent l'impossibilité d'établir une certaine harmonie, lorsque les instruments internationaux sont par trop discordants ; en faisant cette constatation pour les questions relatives à la lettre de change, je pourrai contribuer modestement à la grande œuvre de l'unification. D'ailleurs, si l'on songe que derrière la lettre de change il y a l'assignation, le chèque, les fonds publics, le connaissement etc., on se convaincra que les partisans de l'unification auront encore bien des difficultés à vaincre.

Mon intention est d'abord de diviser la matière de la lettre de change méthodiquement, puis de mettre en évidence pour chaque subdivision les points saillants de comparaison, sans entasser toutes les lois les unes sur les autres, et enfin d'examiner comment doit se faire l'application du droit.

---

§ 85. *Division de la matière.*

Si j'étais absolument libre de choisir mon mode de division, je partagerais franchement le droit de change en deux parties. La première, que j'appellerais le droit de change proprement

dit, comprendrait les droits, que celui qui est le créancier légitimé par la lettre peut valoir sans autre base que le titre. La seconde, le droit de change improprement dit, se composerait des droits qui supposent, à côté de la lettre, une relation juridique particulière entre deux personnes. Les lois du type allemand se prêteraient assez bien à ce mode de division, mais, pour les autres lois, il faudrait imposer la qualification de „droit de change improprement dit” à certaines de leurs parties qu'elles considèrent bel et bien comme du vrai droit de change. Je ne crois pas qu'il soit bon de faire, dès le début, un pareil coup d'état, et je me suis décidé en faveur d'une division tripartite, de manière à garder une certaine neutralité.

La première partie, qui forme dans ce groupe la 2e section, comprendra *les stations principales de la marche régulière de la lettre de change*, l'émission, l'endossement, l'acceptation (qui pourrait à la rigueur précéder l'endossement) et le paiement. Je brûlerai la station de l'aval, trop peu importante pour un train rapide.

La deuxième partie (3e section) sera consacrée aux *principaux incidents qui peuvent venir troubler la marche régulière*: le refus d'acceptation, l'insuffisance de la solvabilité des débiteurs, le refus de paiement, la perte ou la destruction de la lettre et la découverte d'un faux. Les modes d'extinction des obligations, qui sont nées de la lettre, la prescription en particulier, ne donneront lieu qu'à quelques observations, parce que je ne veux pas m'engager dans les voies de traverse.

Une troisième partie (4e section) s'occupera des *rapports juridiques collatéraux*, rapports qui supposent qu'il y a entre deux personnes, dont l'une est débitrice et l'autre créancière en vertu de la lettre de change, une autre relation encore

que celle qui est basée sur la lettre. Ici je ne pourrai pas tout à fait éviter certaines critiques, mais, je m'efforcerai de les répartir équitablement entre tous les systèmes. La troisième partie comprendra le contrat de négociation de la lettre de change, les rapports entre le tireur et le tiré, etc. Je remets à plus tard les détails de la subdivision.

2ième SECTION

LES STATIONS PRINCIPALES DE LA MARCHE RÉGULIÈRE

§ 86. *Emission (création)*

A. **Emission ou création?**

Théoriquement la question est singulièrement importante. Ceux qui font naître l'obligation de change d'un contrat voudront parler d'émission pour constater que c'est la remise du titre au preneur, par la volonté du tireur, qui donne le jour à l'obligation de ce dernier. Ceux qui suivent la théorie de la création, et qui incorporent la volonté du tireur dans le titre, voudront naturellement parler de création. Pour moi, qui ne suis ni l'une ni l'autre de ces théories, mais qui attache l'obligation à la confiance inspirée au public, les deux expressions sont bonnes, pourvu qu'on leur attribue leur vrai sens ; il faut que le titre ait été créé par le tireur et il faut aussi qu'il ait été acquis de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active. J'emploierai l'expression „émission" dans ce sens, sans ajouter constamment, entre parenthèses, le mot „création".

Pratiquement, la question, sans être dénuée d'importance, n'a pas la même valeur qu'en théorie, parce que la création et l'émission se confondent généralement. Il faut une casuistique assez profonde pour les disjoindre. On n'écrit pas souvent des

lettres de change comme modèles d'écriture et le cas d'une lettre de change, préparée en vue d'une émission, puis volée ou perdue et négociée à un porteur de bonne foi, est une exception.

Pour le droit international, la distinction présente aussi une plus grande importance dans les hauteurs de la théorie que sur le terrain ferme de la pratique. Ceux qui tiennent à appliquer à la lettre de change la „lex loci contractus" ou la „lex loci facti", doivent déterminer dans quel lieu l'obligation se contracte ou prend naissance, et ce lieu peut être différent selon la théorie que l'on suit (1). C'est pour cela que je constate la divergence, qui se présentera aussi pour l'endossement et l'acceptation, mais je ne veux pas aller trop loin dans la discussion. Le lecteur comprendra.

B. **Points saillants du droit comparé.**

a. *la forme.*

aa. Nécessité de parler ici tout d'abord de la forme.

On sait l'importance que les meilleurs auteurs attachent à la forme dans le droit de change. On parle volontiers de la forme comme source d'obligation, sans même distinguer entre „la forme" qui s'oppose à „la matière" comme la bouteille s'oppose au verre dont elle est formée, et „la forme" qui s'oppose au „contenu", comme le cylindre de verre, qui forme une bouteille, s'oppose au vin qui peut être dedans. Moi, je ne vais pas aussi loin. La forme de la lettre de change, pour moi, n'est autre chose que l'ensemble des signes

(1) Conf. Westlake, op. cit., § 233. Daniel, op. cit., I, § 865, 3d general principle.

extérieurs qui montrent au public qu'un titre est une lettre de change. C'est pour cela que je préfère parler ici d'un signalement.

ab. Signalement de la lettre de change.

Les lois ont toutes un signalement et elles sont d'accord en ce sens que le papier, qui n'y répond pas, n'est pas une lettre de change, mais les indications du signalement varient assez notablement.

Le code de commerce français, dans son art. 110 primitif, énumère d'une manière à peu près complète les détails de la forme extérieure de la lettre de change, comprenant entre autres la „distantia loci" et l'indication de la valeur fournie. Cette disposition a suivi dans le monde la fortune du code français. Elle se retrouve, avec de légères nuances, dans l'art. 100 du code de commerce néerlandais. En France même, la loi du 7 Juin 1894 a aboli la nécessité de la remise de place en place. La loi belge du 22 Mai 1872 a beaucoup simplifié, elle ne requiert ni la remise de place en place, ni l'indication de la valeur fournie, ni même la date de l'émission. Je ne cite pas d'autres lois, fidèle à mon système de ne pas pousser la comparaison trop loin.

L'ordonnance allemande n'exige ni la „distantia loci" ni l'indication de la valeur fournie. Mais elle attache la plus grande importance à l'appellation „lettre de change" „Wechsel", qui doit être insérée dans le texte de la lettre, mais qui peut être remplacée par une dénomination correspondante dans une langue étrangère (art. 4 j° 7). Le même art. 4 règle minutieusement de quelle manière l'échéance doit être indiquée; la loi n'admet pas l'échéance calculée par usances. Outre la lettre de change à l'ordre du tireur (art. 6) elle

connaît celle où le tireur se trouve être en même temps le tiré, mais il faut dans ce dernier cas que le lieu de paiement diffère du lieu d'émission (1). GRÜNHUT, entre autres, dit que l'inobservation de cette dernière condition rend la lettre nulle; elle ne vaut pas comme billet à ordre (2).

La disposition de la loi allemande, qui fait de la dénomination „lettre de change" un élément du signalement, a trouvé faveur dans les lois, relativement nouvelles, d'un grand nombre de pays. Elle se trouve dans les lois scandinaves (§ 1), lois qui s'écartent de la loi allemande en ce sens qu'elles assimilent au billet à ordre la lettre que le tireur émet sur lui-même (§ 2 j° 95) (3). Le code de commerce italien exige aussi la dénomination. Même la loi italienne semble avoir un peu dépassé le but, s'il faut admettre, avec VIVANTE (4) que, dans la signature, le prénom du tireur doit être indiqué sinon tout au long, du moins autrement que par une initiale. Le droit russe de 1902 veut aussi que l'expression „lettre de change" soit employée dans le titre; cette condition se trouvait déjà dans l'art. 541 de la loi de 1832 (5). On la lit entre autres dans la loi hongroise de 1876 (art. 3) et dans le code de commerce japonais (art. 445).

Dans le droit anglais, la forme de la lettre de change est plutôt la servante de la matière. La loi de 1882 (sect. 3) part de l'idée que la lettre de change est le titre, au moyen

---

(1) BRAUN, *Die Lehre vom Wechsel*, § 32. HARTMANN, *Das Deutsche Wechselrecht*, § 91, GRÜNHUT, op. cit., § 56.

(2) GRÜNHUT, loc. cit., p. 412. Conf. code de commerce espagnol, art. 446, modifié légèrement par la loi du 29 Juillet 1903.

(3) T. M. C. ASSER, *De Scandinavische Wisselwet, vergeleken enz.* ad § 2.

(4) Op. cit., III, n°. 1023.

(5) Zeitschrift f. d. G. H., LIII, p. 479, sqq. Conf. SCHERSCHENEWITCH, *Kurs torg. prava* § 106.

duquel le signataire donne, sans condition, l'ordre de payer, à une époque future et déterminable, une somme d'argent à la personne désignée par le titre. La forme doit permettre au porteur de lire dans le titre des réponses aux questions : „qui garantit le paiement?" „qui paiera?" „à qui, quand, où, combien?" La loi n'exige ni la mention „lettre de change", ni la remise de place en place, ni l'indication de la valeur fournie; elle ne tient pas même strictement à ce que la lettre soit datée, à ce qu'elle indique le lieu d'émission et celui de paiement (sect. 3, n°. 4 j° 45, n°. 4). La lettre peut être au porteur, elle peut être déclarée payable en plusieurs termes. Le même esprit anime la loi américaine; les sections 20 et suivantes de cette loi sont même, sous certains rapports, plus larges encore que la loi anglaise.

ac. Pluralité de personnes pour une seule qualité.

Les textes sont rares Cependant, bien que les lois parlent au singulier du tireur, du preneur et du tiré, une pluralité de personnes n'est pas absolument exclue par ces expressions; le silence des lois peut donner lieu à des difficultés. Je ne fais que les indiquer, leur siège est plutôt dans les droits nationaux que dans le droit international privé, qui ne les montre que par ricochet.

Une pluralité de tireurs semble admise dans le droit allemand. Grünhut, qui mentionne ce cas (1), est d'avis aussi qu'une pluralité *cumulative* de tirés est admissible; il exclut une pluralité alternative. La Cour de l'Empire a refusé d'ad-

(1) Grünhut, op. cit., § 55 et 56. Conf. Vivante, op. cit., III, n°. 1072.

mettre la pluralité de tirés (1). La loi anglaise, sect. 6, permet de désigner plusieurs tirés, en excluant une indication alternative ou successive. La loi américaine (§ 27) parle de plusieurs preneurs, indiqués conjointement (jointly) ou même alternativement (one or some of several payees). CRAWFORD (2) donne, comme exemple de ce dernier cas, un billet, payable à A., B. et C., — à chacun d'eux, — à deux d'entre les trois. DANIEL (3) n'hésite pas à admettre la pluralité des tireurs.

La loi anglaise (sect. 85) et la loi américaine (§ 36 n°. 7) s'occupent toutes deux du billet émis par deux personnes, qui peuvent être liées conjointement (jointly) ou chacune pour le tout (jointly and severally). Un billet commençant par les mots: „Je promets de payer" (au singulier) et signé par deux personnes ou un plus grand nombre, entraîne une obligation de ce dernier genre.

ad. Exemplaires et copies.

C'est un très ancien usage que d'émettre la lettre en plusieurs exemplaires; il est inutile de dire ici quels services cet usage peut rendre et quels dangers y sont attachés. Le code de commerce français a plusieurs dispositions sur les exemplaires, un peu disséminées. L'ordonnance allemande a consacré aux exemplaires et aux copies une rubrique spéciale.

Pour le moment, je n'ai pas à m'occuper des effets de l'émission en plusieurs exemplaires. Mais il faut que je fasse mention de quelques nuances que les lois présentent quant à

---

(1) Arrêt du 3 Février 1899. *Entsch.* Civ. XLIII, 86. Conf. même Cour 1 Mars 1890, ibid. XXV, 56; il s'agissait de deux domiciliataires, indiqués alternativement (dans deux endroits différents ?)

(2) Op. cit., ad § 27.

(3) Op. cit., I, § 95, 95*a*. Conf. le cas (anglais) cité dans ce dernier numéro, *Mathews v. Bloxsome*, Q. B. 33, L. R. J. 209.

la forme. Naturellement, il faut que les exemplaires soient numérotés, sans cela on devrait les prendre pour des lettres distinctes. L'ordonnance allemande (art. 66) a soin de dire que la mention doit être faite dans le texte et elle constate les suites de l'inobservation de cette prescription ; elle n'exige pas que chaque exemplaire fasse mention du nombre d'exemplaires émis et n'ordonne pas non plus que les exemplaires portent expressément la mention *que le paiement d'un exemplaire annule l'effet des autres* (clausula cassatoria) (1). Le code de commerce français, après avoir dit, dans son article 100, in fine, que si la lettre est par 1e, 2e, 3e, 4e, etc. elle l'exprime, a inséré dans l'art. 147 une disposition qui, prise à la lettre, conduit à la conclusion que le paiement fait sur une seconde etc., n'est valable que lorsque la seconde etc. porte que ce paiement annule les autres. Cela tendrait à exiger que les lettres, qui portent le numéro deux ou un numéro suivant, continssent la „clausula cassatoria". Cependant cette interprétation rigoureuse ne semble pas avoir prévalu en France (2). Lyon-Caen et Renault considèrent l'art. 147 comme inutile, en opposant cet article à l'art. 150. La loi belge, dans son article 37, a supprimé la partie finale de l'art. 147 du code français, et Namur (3) est d'avis qu'elle aurait pu supprimer la première sans inconvénient. Dans notre pays, où le code de commerce, dans son article 160, a reproduit littéralement l'art. 147 du code français, la disposition est interprétée plus rigoureusement par de bons auteurs ;

---

(1) Kuntze, dans le manuel d'Endemann, IV, p. 297. Wächter, *Das Wechselrecht des D. R.*, § 100. Hartmann, op. cit., § 74. Thöl, *Protocolle* p. 141.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit, IV, no. 322. Conf. Nouguier, op cit, I, no. 153. Champcommunal, dans les *Annales* de Thaller. 1894, p. 144.

(3) Op. cit., I, no. 583.

Land (1) dit que le paiement fait sur une seconde n'est valable que si elle contient la clause ; Kist (2) enseigne même qu'elle doit être insérée dans chaque exemplaire. Un procès (3), poursuivi jusque devant la Cour de cassation, et qui a donné lieu à quelques monographies intéressantes, semble donner quelque appui à cette opinion. Je n'insiste pas. La loi anglaise, dans sa section 71, exige certainement quelque chose de plus que la mention du numéro que la lettre porte ; elle veut que chaque lettre contienne une référence aux autres lettres, de sorte que l'on puisse voir par la lettre combien d'exemplaires ont été émis. Le § 310 de la loi américaine s'exprime de la même manière. Daniel (4) dit que la clause, visant les autres exemplaires, est usitée, et qu'elle est essentielle pour la protection du tireur, qui peut se trouver exposé à voir considérer les exemplaires comme des lettres distinctes.

L'ordonnance allemande, dans son art. 70, s'occupe de la forme extérieure de la copie. Le code de commerce italien (artt. 281—282) en parle aussi, avec quelques variations ; il a laissé de côté certains points, mais il admet que l'acceptation peut être faite sur la copie. Notre législateur n'a parlé des copies que dans la loi sur le timbre. La loi anglaise, dans sa sect. 32, s'est contentée de dire que l'endossement placé sur une allonge ou sur une copie, émise ou négociée dans un pays où les copies sont reconnues, doit être considéré comme s'il était écrit sur le titre original.

---

(1) *Beginselen van het hedend. wisselrecht*, p. 200.

(2) *Beginselen van Handelsregt*, II, p. 81.

(3) Cour de cassation, 6 Juin 1862. Mag. de droit comm. 1862, p. 134. Conf. van Nierop, *De inrichting van wisselexemplaren*, Amsterdam 1861.

(4) Op. cit., I, § 114.

ae. timbre.

On attribue à mon pays l'invention du papier timbré. Il n'a pas trop sujet d'en être fier. L'invention de la lunette d'approche et celle de la bouteille de Leyde (pour ne pas parler des caractères mobiles d'imprimerie) sont de plus beaux titres de gloire.

De nos jours l'impôt du timbre est exigé, pour les lettres de change, dans un grand nombre d'Etats, le plus souvent comme un impôt proportionnel. Le fisc a voulu prélever sa part de la valeur qu'il voit passer, sans trop se demander si les citoyens sont imposés dans la proportion de leurs moyens. Mais je n'ai pas à critiquer les systèmes d'impôts.

Je n'ai pas non plus à comparer les lois en tant qu'elles étendent l'impôt proportionnel aux lettres de change internationales. C'est au droit fiscal international qu'il appartient de faire cette comparaison. Elle est intéressante. Ainsi, dans notre pays, la loi, dans le texte de 1882, n'impose l'impôt proportionnel qu'aux lettres de change payables dans le royaume ; en France, la loi atteint les lettres souscrites en France et payables hors de France, et même les effets tirés de l'étranger sur l'étranger, négociés, endossés, acceptés ou acquittés en France (1). La loi allemande (10 Juin 1869 et 4 Juin 1879) a un système mixte.

Pour ce qui est des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, il y a une autre question, intéressante également, c'est celle du droit des pouvoirs fédéraux de prélever la taxe de timbre (2). Mais je m'abstiens de poursuivre cette comparaison et d'en

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nos. 605 et suiv., 638. Champcommunal, loc. cit., p. 199 sqq.

(2) Daniel, op. cit., II, § 118 et suiv.

tirer des conclusions au point de vue de la société universelle.

Si les lois sur le timbre des lettres de change n'étaient sanctionnées que par des amendes, je n'aurais pas à m'occuper de leur sanction dans le travail actuel. Les lois fiscales pénales se localisent d'elles-mêmes. Mais souvent les lois ont pensé que les amendes les plus draconiennes ne suffisaient pas pour réprimer les abus ; elles ont attaché à la contravention fiscale des déchéances et des nullités. Dans ce cas, les lois sur le timbre pénètrent dans le droit privé de la vie active. Il faut que je m'en occupe et que je constate certaines divergences fort graves. Il y a des lois qui se sont contentées d'imposer des amendes. Telle est la loi allemande, par exemple. La loi néerlandaise, citée plus haut, part du même principe ; elle a seulement déclaré nulle la clause „sans frais" et les clauses du même genre, en tant que ces clauses se rapportent à une lettre de change non timbrée ou timbrée insuffisamment. En France, la loi du 5 Juin 1850, art. 5 (1), contient des dispositions qui frappent le porteur d'une lettre non timbrée de certaines déchéances, analogues à celles qui atteignent un porteur négligent. En Angleterre, en Italie et en Russie, notamment, la loi fait du timbre une condition de validité de la lettre. Vivante est d'avis que la sanction, fulminée dans l'intérêt du fisc, sert en même temps de protection contre une altération du titre et contre un abus de blanc-seing (2). La loi russe ne semble avoir eu en vue que l'intérêt fiscal. Je rappelle que la loi anglaise de 1882, section 72, n°. 1*a*, a soin de dire que, si la lettre de change a été émise dans un pays étranger, le seul fait de l'inobservation d'une loi étrangère sur le timbre ne la rend pas nulle en Angleterre. Pour ce

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 611.
(2) Op. cit, III, n°. 1031.

qui est de l'enregistrement, les législations, qui l'ordonnent, se localisent facilement (1).

b. *incapacité spéciale.*

Je n'ai pas à comparer les lois sous le rapport de la capacité générale de s'obliger. Cette capacité est requise, en principe, pour s'obliger par lettre de change. Même ceux qui se refusent à voir dans la lettre de change un contrat admettront ce principe ; il y a là une exigence sociale, plus forte que le respect dû à la confiance inspirée, l'exigence de la protection des incapables. Je ne suivrai pas les développements, fort intéressants du reste, de DANIEL, qui s'occupe des mineurs, des femmes mariées, des fous, imbéciles et ivrognes, et même des étrangers, particulièrement des ennemis, ni ceux de CHAMPCOMMUNAL qui s'arrête à discuter, à propos de la lettre de change, la question générale de la capacité (2). Quant aux dispositions qui, en matière de lettre de change, étendent la capacité générale, j'en parlerai en traitant de l'application du droit.

Mais il faut que je m'arrête un instant à l'incapacité spéciale de s'obliger par lettre de change. Il y a là une institution qui se rattache aux origines commerciales de la lettre de change, aux mesures contre les usuriers et à la contrainte par corps. Les dispositions qui statuent une incapacité spéciale

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op cit., IV, nos. 641.

(2) DANIEL, op. cit., I, § 208, sqq. CHAMPCOMMUNAL, loc. cit., p. 4 sqq. L'auteur parle spécialement du cas où l'étranger aurait frauduleusement déguisé sa nationalité et du cas où les dispositions étrangères compromettraient l'ordre public. Il y a, sur ces points, plusieurs décisions judiciaires. Conf. CHRÉTIEN, op. cit., no. 5 sqq.; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, no. 628; WEISS, op. cit, III, p. 375 sqq., IV, p. 424 sqq.

n'ont d'intérêt pour nous que lorsqu'elles sont sanctionnées par une nullité ou une annulabilité; lorsqu'il n'y a qu'une sanction pénale ou disciplinaire, elles n'ont qu'un intérêt local.

Le code de commerce français, dans ses artt. 113 et 114, parle des mineurs et des femmes et filles non négociantes ou marchandes publiques. La disposition en question, qui vise le sexe féminin en général, déclare que la signature des personnes de ce sexe, non négociantes ou marchandes publiques, sur lettres de change, ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse. Je n'entre pas dans une discussion de cet article, qui soulève de vives controverses et que ni le droit belge, ni le nouveau droit italien n'ont reproduit (1).

La loi russe peut être considérée comme le type d'une législation qui a conservé le système des incapacités spéciales. Son art. 2 parle des ministres des cultes de toutes les confessions, des paysans qui n'ont pas de propriétés immobilières ou qui ne possèdent pas le certificat d'exercice d'une profession, et même des femmes mariées ou des filles, qui n'ont pas reçu une partie de la fortune de leurs parents, à moins qu'elles n'exercent le commerce sous leur propre nom. La situation économique de certaines classes de la société russe explique cette disposition (2), que je n'ai d'ailleurs ni à défendre, ni à critiquer.

L'ordonnance allemande (art. 3), le code fédéral suisse (art. 721) et le code de commerce italien (art. 327), entre

---

(1) Nouguier, *Des lettres de change*, etc., I, n°. 56. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 483. Namur, *Le code de commerce belge revisé* I, 447. Vivante, op. cit., III, n°. 1035.

(2) Scherschenewitch. *Kurs torg. prava*, (1892) sur l'art. 6 de la loi alors en vigueur. Keiszner et Neubecker sur l'art. 2 de la loi nouvelle, dans la *Zeitschrift f. d. G. H.*, LIII, p. 491. Conf. loi hongroise de 1876 (trad. de la Grasserie) § 1, alin. 3.

autres, ont soin de dire expressément que la signature d'un incapable, apposée sur une lettre de change, ne vicie pas celle des autres signataires capables.

c. *substance.*

ca. la garantie générale due par le tireur.

Pour que le tireur soit lié en vertu du droit de change, il faut que le titre, qu'il a signé, présente la forme d'une lettre de change. Il faut aussi, en principe, que le tireur soit capable. C'est pour cela que j'ai parlé de la forme et de la capacité avant de traiter de la substance.

Dans le style usuel de la lettre, le tireur semble plutôt adresser une prière au tiré que s'obliger envers le porteur. Tout au plus donne-t-il un ordre au tiré, comme il est dit dans la formule anglaise. En réalité, le tireur fait au porteur une promesse, il lui garantit l'acceptation et le paiement. L'ordonnance allemande, dans son art. 8, exprime nettement cette idée. Dans le droit français, il semble au premier abord que le tireur ne s'oblige qu'à faire provision ; cependant il n'y a là pour moi qu'une nuance, importante sans doute, comme on sait, mais qui, au fond, ne change pas les choses. Le droit anglais exprime à peu près l'idée du droit allemand (sect. 55), en ajoutant que le tireur ne peut opposer au porteur régulier le fait de la non-existence du preneur ou son incapacité quant à l'endossement.

Le tireur garantit l'acceptation à donner et le paiement à faire par le tiré, et ce dernier, abstraction faite du cas où le tireur se confond avec le tiré, est un tiers. Il faut, pour que la garantie du tireur produise pleinement ses effets, que le porteur n'ait pas été négligent. Cette condition a été développée d'une manière différente dans les législations, mais

il vaut mieux examiner ce point en traitant des incidents, qui peuvent troubler la marche régulière de la lettre.

cb. clauses particulières.

La lettre de change peut contenir un assez grand nombre de clauses particulières. Il y en a qui sont généralement admises, par exemple, celle qui indique un domicile spécial pour le paiement, bien que les effets de cette clause varient assez notablement selon la loi applicable. Très généralement aussi, les lois permettent de régler, dans la lettre, le change, ou de fixer un terme pour la présentation de la lettre à vue ou à un certain délai de vue. Mais il y a d'autres clauses, dont certaines lois parlent et sur lesquelles d'autres gardent le silence. Les lois, qui ont parlé, ont pour but d'autoriser certaines clauses ou de les défendre. Les lois qui ont défendu certaines clauses ont des sanctions différentes ; les unes considèrent ces clauses comme non-écrites ou du moins dépourvues de tout effet *cambial* (1) ; les autres vont jusqu'à enlever à la lettre, clausulée d'une certaine manière, le caractère d'une lettre de change.

Ces dispositions soulèvent la question générale de savoir si tout ce qui n'est pas défendu est permis, ou si tout ce qui n'est pas permis est défendu, question qui dépend un peu de conceptions théoriques, mais qui ne manque pas d'importance pratique. De plus, telle ou telle clause peut avoir un sens différent ou un effet différent selon la loi applicable.

Quelques exemples suffiront.

Ainsi l'ordonnance allemande, dans son article 4 où elle

---

(1) Je me permets d'employer ce mot, que je trouve dans Littré, *Dictionnaire*, supplément. Il a puisé l'expression dans le Journal Officiel du 7 Sept. 1872. Conf. Chrétien, op. cit., p. 86, note (74).

énumère les éléments essentiels d'une lettre de change, dit que l'échéance doit être unique pour toute la somme exprimée ; la loi anglaise (section 9) permet de stipuler plusieurs échéances, même en y ajoutant la condition que le total sera exigible à défaut de paiement d'un terme.

La loi anglaise permet encore de stipuler un paiement avec intérêts (section 9). La loi allemande déclare non écrite une clause de ce genre (art. 7). Dans l'ordonnance autrichienne du 2 Nov. 1858, la stipulation d'intérêts enlève au titre son caractère de lettre de change.

La clause „sans frais" ou „sans protêt" a été réglée par la loi allemande, dans son article 32, que la loi fédérale suisse a reproduit (art. 763). Le code italien, art. 309, la déclare non écrite ; il la considère comme contraire à la fonction normale de la lettre de change (1). La loi belge (art. 39) règle aussi l'effet général de la clause, apposée par le tireur, en statuant (in fine) que la clause, émanée d'un endosseur produit aussi ses effets vis-à-vis de ceux qui suivent. En France (2) et dans notre pays, la clause est usitée ; sa validité, sans être indiscutable, n'est pas mise sérieusement en doute ; son interprétation fait l'objet de controverses. La clause „non susceptible d'acceptation" est usitée aussi en France(3); l'ordonnance allemande, dans son article 18, lui refuse l'effet cambial. La loi anglaise permet au tireur (section 16), de stipuler expressément qu'il ne devra pas la garantie (clause „sans recours") (4), ce que la loi russe, notamment, (arg. art. 103, nº. 2), interdit (5).

Je m'arrête.

---

(1) Vivante, op. cit., III, nº. 1308.
(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, 100 bis.
(3) Ibid, nº. 192.
(4) Chalmers, *The bills of exchange act 1882*, ad sect. 16.
(5) Conf. Grünhut, op. cit., § 71.

d. *représentation.*

Au fond, la représentation, ici, n'exige pas plus que la capacité le luxe de dispositions spéciales. Mais il y a des lois qui les ont faites. Je mentionne en passant la particularité qu'elles présentent, sans aller bien loin et sans discuter la question pour les législations qui ont gardé le silence (1).

L'ordonnance allemande a une disposition formelle, l'art 95, qui déclare responsable, comme l'aurait été un vrai donneur de pouvoir, celui qui signe par procuration pour un autre, sans avoir de pouvoir (2). Il est curieux de mettre cette disposition en rapport avec l'ancien art. 55 du code de commerce allemand, et avec le § 179 du nouveau code civil (3), mais je résiste à cette curiosité. Le code suisse (art. 821) a reproduit la disposition de la loi allemande. La loi anglaise (sect. 25 et 26) ne déclare pas personnellement responsable celui qui signe comme représentant, en ajoutant toutefois que la simple adjonction d'une qualité ou la simple mention de son caractère représentatif, ne le libèrent point. L'agent, qui en signant déclare faussement avoir le pouvoir de signer pour une personne déterminée, n'est passible que de dommages et intérêts. La loi américaine (§ 39) a reproduit à peu près les termes de la loi anglaise, mais l'adjonction de quelques mots (he is not liable on the instrument, *if he was duly authorized*) donne à la disposition un sens tout différent. Il en résulte que l'agent est lié sur la foi du titre, s'il n'est qu'un pseudo-fondé de pouvoir (4).

---

(1) Conf. Vivante, op. cit., III, n°. 1027.

(2) Grünhut, op. cit., I, § 34.

(3) Meili, op. cit., II, § 188. Dernburg, op. cit., I, § 169 et II², § 252. Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B., p. 26.

(4) Crawford, ad § 39.

C. Application du droit.

I. *quant aux faces que la lettre de change peut présenter.*

La lettre de change peut être locale-nationale, locale-étrangère ou internationale, comme les contrats peuvent l'être. On trouve des traces de cette distinction dans le droit anglais et le droit américain, qui opposent la lettre intérieure (inland bill) à la lettre étrangère (foreign bill). Les lois fiscales ont également des distinctions de ce genre. Seulement les relations juridiques qu'une lettre de change fait naître sont, par leur nature même, plus compliquées que celles qui sont produites par un contrat. Le contrat de transport, par exemple, peut être localisé en général lorsque le point de départ et le point d'arrivée se trouvent dans un même pays. La lettre de change au contraire, émise dans un pays pour y être payée, et qui forme une lettre intérieure dans le sens anglais, peut circuler dans une grande partie du monde avant de se diriger vers le lieu de paiement. Elle ne sera *purement locale* que si elle n'a pas eu une circulation internationale ayant laissé une trace sur le titre (1).

Pour cette lettre purement locale, on peut dire que tous les droits qui en résultent sont des droits acquis, tant pour le juge national que pour le juge étranger, qui se trouve avoir juridiction et compétence, mais en même temps on voit que pour la vie active internationale la lettre purement locale n'a pas une très grande importance. Aussi, en traitant des diverses questions, n'en parlerai-je qu'en passant pour fixer particulièrement l'attention sur la lettre internationale.

---

(1) Conf. DE PAEPE, op. cit., 9ième étude, no. 22 sqq.

II. *quant à la forme.*

Il semble, au premier abord, que la question de savoir quel droit doit régir la forme de la lettre de change internationale doit se résoudre avec facilité. N'a-t-on pas la règle „locus regit actum" que les auteurs invoquent à peu près tous, que beaucoup de lois consacrent, soit en général, soit particulièrement pour la lettre de change? Cependant, je dois dire que dans cette application de la célèbre règle il n'y a qu'une part de vérité, et qu'au lieu d'accepter son joug il faut remonter au principe supérieur dont elle n'est qu'une émanation. D'abord on peut se demander quel est ici le „locus actus"? Est-ce le lieu où la lettre a été *créée* ou celui de son émission, en sens restreint, c'est-à-dire celui de la *remise au preneur* (1)? Est-ce le lieu d'émission, *indiqué dans la lettre*, ou bien le lieu *effectif* de la signature? Puis on se trouve en présence de la question de savoir si la règle est obligatoire ou facultative, et dans ce dernier cas, qui jouit de cette faculté (2). Enfin, si l'on peut admettre assez facilement que la règle en question a un effet positif, en ce sens qu'elle justifie la conclusion que le titre, qui répond au signalement de la loi d'un locus déterminé, doit être reconnu universellement comme une lettre de change, on se trouve en présence de graves inconvénients lorsqu'il s'agit de donner à cette même règle un effet négatif, en disant que le titre, qui ne renferme pas toutes les données que la même loi considère comme essentielles, ne doit être reconnu *nulle part* comme une lettre de change véritable. Si ces inconvénients doivent conduire

(1) Daniel, op. cit. I, § 868.

(2) Conf. Esperson, *Diritto cambiario internazionale* (1870) n°. 14 sqq. Ottolenghi, *La cambiale nel dir. internaz.*, n°. 17 sqq. Von Bar, op. cit., II, 302.

à des exceptions, sur quelle base raisonnable reposeront-elles ?

Sans trop m'écarter de l'opinion des maîtres que je respecte et de la tradition séculaire (1), qui n'aurait jamais pu se former si elle était de tout point contraire à ce qu'exige l'ordre raisonnable de la vie en société, je pense que je pourrai arriver à déterminer quelle est la portée de cette exigence. L'obligation, qui naît de la lettre de change, est basée pour moi, sur la confiance inspirée au public, et la forme est l'ensemble des signes extérieurs qui justifient cette confiance aux yeux d'un homme sérieux et raisonnable. Or, le fait qui inspire confiance est la signature du tireur, apposée dans *un certain cadre reconnaissable à l'inspection du titre* ; pour apprécier si ce cadre est légal, un homme sérieux et raisonnable a dû prendre en considération la loi du lieu qui, pour lui, est celui où le fait de la signature s'est produit. Si ce lieu est indiqué dans la lettre, cette indication est décisive pour le public ; si le lieu n'est pas indiqué, ce qui est possible d'après certaines lois, un homme sérieux et raisonnable a dû considérer que la signature a été apposée au domicile ou, s'il s'agit d'un tireur qui exerce une profession, commerciale ou non, au centre professionnel du tireur. Le lieu déterminé de cette manière, et que j'appellerai, pour ne pas avoir à répéter toujours une longue formule, le *lieu fiduciaire de l'émission*, doit être décisif pour le public (2). Le titre international *qui*

(1) Massé, op. cit., I, nº 589. De Paepe, op. cit., I, IX, nº. 23. Weiss, op. cit., IV, 432, cite en note, avec le soin qui lui est habituel, beaucoup de décisions judiciaires. Dans mon pays, c'est aussi la tendance de la jurisprudence, entre autres : trib. de Winschoten, 11 Juillet 1887, Weekbl.nº. 5599.

(2) En ce sens déjà : Brackenhoeft, Arch. f. Deutsches Wechselrecht, (1852) 2, § 5, pp. 278—301. Conf. von Bar, op. cit., II, 301, note 22 (en tant qu'il s'agit de la capacité) ; Meili, op. cit., § 188, III. En sens contraire : Diena, op. cit., III, 209. Grünhut, op.c it., § 142, note 35. Entsch. Reichsgericht XXXII, 115.

répond aux conditions de la loi de ce lieu, est une lettre de change, le titre, qui n'y répond pas, ne l'est pas. Pour ce qui est du public, je n'hésite pas à déclarer *obligatoire* le principe de la forme. La confiance inspirée au public est l'âme du droit de la lettre de change.

Le principe, que je pose, ne s'écarte pas trop de la tradition, et le résultat pratique auquel j'arrive ne diffère pas sensiblement de ce que donnerait une interprétation raisonnable de la règle „locus regit actum". L'objection, que l'on pourrait me faire en disant que le tireur est maître de choisir la forme qui lui convient en datant la lettre d'un pays étranger, ne me semble pas forte. D'abord le tireur n'est pas toujours maître de choisir le lieu fiduciaire d'émission. Si le tireur, établi en Allemagne, voulait dater sa lettre de Buenos-Aires, il créerait un papier d'aspect louche, difficile à placer. Et quand même le tireur serait maître de la forme, c'est-à-dire maître d'y ajouter ou non l'appellation „lettre de change" ou „valeur en compte", il cesse d'être maître dès que la forme qu'il a choisie a été mise en circulation et a inspiré confiance. C'est, au contraire, le principe du lieu effectif qui produirait des résultats pratiques inacceptables. Supposons qu'un banquier néerlandais prenne les eaux en Allemagne, et se fasse envoyer de son bureau par la poste les traites à signer, portant comme lieu d'émission Amsterdam par exemple, et conformes au signalement de la loi néerlandaise. Pense-t-on qu'il doit être permis à ce banquier, poursuivi comme tireur, de soutenir qu'il a signé effectivement en Allemagne et que partant la lettre, qui ne contient pas l'appellation „lettre de change" ne le lie pas (1). Daniel (2), homme pra-

(1) Von Bar, op. cit., II, no. 312. Conf. Ottolenghi, op. cit., no. 32.
(2) Daniel, op. cit., I, § 869. Il cite *Lennig v. Ralston* 23 Pa. St. 139.

tique, a saisi cette difficulté; seulement, il semble faire de l'application de la loi du lieu fiduciaire une exception motivée par la bonne foi du porteur. Grünhut s'exprime dans le même sens (1). Cela ne me satisfait pas. La forme, en principe, ne dépend pas de la bonne foi, et un titre nul en la forme ne peut pas devenir valide par le seul fait qu'il a été acquis par une personne qui ignore cette nullité. A mon avis, au lieu de faire une exception pour la bonne foi, il faut poser en règle que la loi du lieu fiduciaire d'émission régit la forme.

Naturellement je me place ici au point de vue d'un juge qui se trouve en face d'une loi nationale muette. Le juge dont la loi nationale a parlé est lié par le texte, sauf son droit de l'interpréter raisonnablement. Je réserve aussi les lois fiscales, qui déterminent elles-mêmes leur sphère d'application.

L'effet négatif de l'application de la loi du lieu fiduciaire d'émission a des inconvénients, inconvénients qui apparaîtront encore plus clairement lorsque j'arriverai à l'endossement et à l'acceptation, mais ces inconvénients ne dérivent pas du principe, mais des textes de loi qui ont maintenu des formes inutiles ou nuisibles. Le droit international privé a le devoir de constater cet état de choses, qu'une entente des nations peut faire cesser.

Ce même état de choses explique, sans le justifier, le fait que certaines lois, telles que l'ordonnance allemande (art. 85) et la loi anglaise (sect. 72) ont créé des exceptions, que le juge allemand ou anglais respecteront naturellement. C'est dans le même esprit que je considère les exceptions que d'excellents auteurs ont proposées. Ainsi von Bar (2) voudrait donner, ici surtout, un effet facultatif à la règle „locus regit actum".

(1) Op. cit, § 142, note 14.
(2) Op. cit., II, nº. 302.

Champcommunal (1) enseigne que le tireur a la faculté de suivre les formes de sa loi nationale, ce qui semble vouloir dire qu'on peut l'invoquer contre lui. Diena (2) donne aussi à la nationalité une certaine influence, en invoquant le texte de l'art. 9 des dispositions préliminaires italiennes, dans ses rapports avec l'art. 58 du code de commerce italien.

Tout ce que l'on peut dire c'est que s'il y a entre deux personnes, entre le tireur et le preneur par exemple, un rapport contractuel spécial, ce rapport peut produire des effets malgré le défaut de forme de la lettre, mais ce n'est plus là du droit de change pur, et je ne voudrais pas aller jusqu'à dire que lorsque le tireur et le preneur ont la même nationalité, leurs rapports seront toujours régis par leur loi nationale commune. Je regrette vivement de devoir condamner ainsi des tentatives de remédier, par un texte formulé dans l'intérêt national ou par des théories bien intentionnées, à des inconvénients que je reconnais, et je suis très disposé à admettre des circonstances atténuantes, mais je ne peux pas aller plus loin.

Une autre tentative bien intentionnée est celle qui a été faite pour écarter au moins les nullités résultant de l'inobservation de lois fiscales étrangères. La question a été traitée par les meilleurs auteurs avec tout le soin qu'elle mérite (3). A mon regret, je dois me ranger à l'opinion de ceux qui rattachent le timbre à la forme. Le timbre ne devrait pas faire partie du cadre imposé à peine de nullité cambiale,

---

(1) Loc. cit. p. 140 sqq. Conf. Asser, *Schets*, p. 144.

(2) Op. cit., III, n°. 211. Conf. Weiss, op. cit., IV, p. 431, note 1.

(3) Von Bar, op. cit., II, n°. 302 in fine. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 639. Foote, op. cit., p. 377 sqq. Ottolenghi, op. cit., n°. 38. Diena, op. cit., III, n°. 207. Daniel, op. cit., §§ 913 –915.

mais cette critique s'adresse aux lois fiscales, et non au principe de la forme. D'ailleurs une disposition dans le genre de celle de la loi anglaise sur le timbre étranger ne peut pas être généralisée, tant qu'il y aura des pays qui, comme l'Angleterre elle-même, maintiennent la nullité pour cause d'inobservation de leurs propres lois fiscales.

III. *quant à la capacité.*

Je n'ai garde d'entrer ici dans des considérations générales sur la capacité de s'obliger, et je demeure neutre, pour le moment, dans la lutte engagée à ce sujet entre le principe de la nationalité et celui du domicile (1). Je ne m'arrête pas non plus à la question de savoir si dans le droit anglais et le droit américain, la capacité générale de contracter est régie par la loi personnelle ou la „lex loci contractus" (2). Mais je constate que lorsqu'il s'agit d'un titre, qui par sa forme est une lettre de change, la capacité spéciale du tireur (pour ne parler ici que de ce dernier) peut être plus restreinte que sa capacité générale, et que, d'un autre côté, celui qui a signé une lettre de change dans un lieu déterminé peut être considéré, d'après le texte de certaines lois, comme capable, alors qu'il est incapable de s'obliger par lettre de change ou même de s'obliger en général.

Les textes que j'ai en vue sont ceux qui sont rédigés dans le genre de l'art. 84 de l'ordonnance allemande, cité plus

---

(1) Conf., entre autres: ESPERSON, op. cit., tit. I, no. 3. CH. BROCHER, dans la revue *Rolin*, 1874, p. 197.

(2) STORY, *Comm. on the conflict of laws*, § 103. DICEY, *Le statut personnel anglais* (trad. et complété par STOCQUART) I, no. 126. WESTLAKE, op. cit., chap. III, § 2, et FOOTE, op. cit., chap. III, p. 73, tous deux citant *Sottomayor* v. *de Barros* 37. L. T. 415. DANIEL, op. cit., I, § 874.

haut. L'étranger incapable d'après la loi de son pays, et qui signe une lettre de change en Allemagne, est considéré comme capable s'il l'est d'après le droit allemand. Je remarque qu'il n'est pas question ici d'un lieu d'émission *fiduciaire*; les textes ne peuvent s'appliquer qu'au lieu *effectif* de la signature (1). Les textes de ce genre donnent lieu à de véritables antinomies. Les Etats, qui ont adopté le principe de la nationalité, voudront que leurs lois générales ou spéciales de protection suivent leurs nationaux à l'étranger (2), alors que la loi du pays, où ces nationaux incapables ont signé effectivement, les considère, sous certaines conditions, comme capables. Il peut y avoir antinomie aussi, sous l'empire du principe du domicile, lorsqu'une personne signe une lettre de change dans un pays autre que celui de son domicile. La personne en question sera considérée comme capable ou incapable selon le pays où le procès se juge, et pour le cas où le procès se jugerait dans un pays tiers, qui n'est ni celui du lieu effectif de la signature, ni celui de la nationalité ou du domicile de la personne, la décision sera dominée par les principes de droit international privé, que la loi de ce tiers pays peut avoir consacrés ou que le juge croira devoir suivre dans le silence de cette loi (3). Je constate une fois de plus que l'interprète scientifique du droit international privé ne peut pas toujours obtenir une application harmonique de lois qui se contredisent. Quand cela est, il doit le dire franchement, il ne faut pas qu'il prenne le rôle d'un diplomate

---

(1) Grünhut, op. cit., § 142, note 6.

(2) Niemeyer, op. cit., § 92. Beauchet, dans les Annales de Thaller, 1888, p. 21.

(3) Arrêt de la Cour Suprême autrichienne du 23 Février 1881, cité par von Bar, op. cit., II, nº. 299, note 8, et par Grünhut, loc. cit., note 7. Jugement du tribunal de Leyde, 11 Juillet 1842, Weekbl. nº. 431.

ou d'un législateur universel, sous prétexte de trancher une controverse.

Comme je l'ai dit, des tentatives ont été faites pour arriver à une conciliation, sans unifier les lois sur la capacité. Ainsi, l'Institut de droit international, dans le beau projet que j'ai eu occasion de mentionner, propose de dire :

„L'étranger, incapable de s'obliger par lettre de change „ou par billet à ordre, en vertu de la loi de son pays, „mais capable en vertu de la loi du pays où il appose sa „signature sur la lettre de change ou le billet à ordre, ne „peut invoquer son incapacité pour se soustraire à ses „obligations".

On voit que cette formule généralise la règle locale du droit allemand, et on voit aussi qu'elle prend en considération le lieu effectif de la signature. Cette dernière disposition s'explique par le désir d'empêcher que l'incapable ne s'oblige par une élection fictive de séjour, mais il n'en est pas moins vrai que la lettre ne porte d'autre trace du lieu effectif de la signature que la mention du lieu d'émission. Dans tous les cas, si la formule donne universellement la certitude de la règle applicable, elle porte une forte atteinte au principe de la protection des incapables, en faisant régir leur capacité par la loi de leur séjour effectif. Von Bar (1), entre autres, est du même avis. Je suis heureux de me rencontrer encore avec cet estimable auteur, bien que ce ne soit que dans la critique. Von Bar préférerait une formule, qui ferait dépendre l'application de la „lex actus" de la bonne foi de celui qui invoque la lettre ou de ses prédécesseurs. Je regrette de ne

---

(1) Op. cit., II, nos. 299, 300, 301. Conf. Champcommunal, loc. cit., p. 10, sqq.; Cour de Paris, 20 Mars 1890, *Clunet* 1891, p. 493.

pas pouvoir le suivre ici. Non pas que je veuille bannir la bonne foi du droit international privé (1). Au contraire. Mais la bonne foi d'une partie me paraît une mauvaise mesure de la capacité d'une autre partie, parce que le principe de protection des incapables est plus fort que la bonne foi. Au reste, pour moi, en matière de lettre de change, il n'y a pas de parties proprement dites ; le signataire s'oblige envers le public, et le public, en son entier, n'est jamais de mauvaise foi. Tout au plus peut-on dire que celui qui a abusé de la faiblesse de l'incapable ou qui s'en est rendu complice comme prête-nom, ne peut pas invoquer la lettre de change contre cet incapable, mais ce n'est plus là du droit de change pur, on suppose alors entre deux personnes une relation autre que celle de signataire à porteur. Pour moi, les lois étant ce qu'elles sont, je préférerais viser le cas d'un incapable étranger, ayant de fait *le centre de sa vie active* dans le *lieu fiduciaire d'émission*, et le déclarer capable s'il l'est d'après la loi de ce lieu. L'incapable, simple voyageur, resterait soumis à la loi de son pays. On suit alors d'aussi près que possible le principe de confiance ; celui qui avance des fonds sur une lettre de change, signée par un touriste en cours de voyage, a eu tort d'avoir confiance. J'ose ajouter que dans toute cette matière, c'est la raison naturelle, violée par les lois, qui se venge. Si l'on abolissait les incapacités spéciales en matière de change en même temps que l'incapacité des femmes mariées, qui peut être définie, comme autrefois l'esclavage, „constitutio juris gentium contra naturam", et si l'on adoptait une limite uniforme de la majorité, il ne resterait plus que l'interdit, qui n'établit pas facilement où il veut le centre de sa vie active.

(1) Conf. von Bar, op. cit., n°. 301, note 24.

Mais je m'arrête. Je crois entendre la voix du censeur, qui me reproche de faire de la philosophie ! Volontiers, je demanderais au lecteur bienveillant de me garder le secret sur ce que je viens de dire.

IV. *quant à la substance.*

En réalité, il est à peine besoin de se demander si la personne capable, qui signe, comme tireur, une lettre de change rédigée en due forme, est obligée. L'existence de cette obligation est admise par le droit commun international. Ce qu'il faut déterminer c'est la substance de cette obligation, pour pouvoir dire à quoi et sous quelles conditions le tireur est obligé. Or, s'il est vrai que le tireur doit être obligé dans la mesure de la confiance que sa signature, dans son cadre, a inspirée au public, considéré comme composé d'hommes sérieux et raisonnables, il faut en conclure que la loi, qui régit, en général, la substance de son obligation, est celle du lieu fiduciaire d'émission. On peut arriver à peu près à ce résultat en invoquant la „lex loci actus" (1) (contractus, pour ceux qui suivent la théorie du contrat), la „lex loci executionis", ou même la loi que le tireur a voulu suivre, mais on part alors d'une règle arbitraire, posée a priori, et l'on se trouve bientôt enlisé dans des controverses sur le lieu où l'obligation prend naissance ou sur celui où elle doit être exécutée, ou bien encore on se trouve avoir à décider si le tireur a voulu suivre sa loi nationale ou sa loi domiciliaire, si l'acquéreur a dû comprendre qu'il en était ainsi, etc.

Ce n'est pas que les circonstances particulières de l'émission ne puissent avoir une certaine influence, mais cette influence

---

Hovy, op. cit., p. 77, sqq.

se trouve plutôt à côté du droit de change que dans ce droit. Il peut y avoir, à côté de la lettre, entre le tireur et le preneur, une convention spéciale, qui fera loi pour leurs relations personnelles, mais qui ne modifie pas la confiance inspirée au public. Qu'un Allemand, établi en Chine, tire une lettre au profit d'un autre Allemand, également établi en Chine, il se peut fort bien que pour les relations entre le tireur et le preneur, le droit allemand soit pris en considération ; c'est là une autre application du principe de confiance, mais ce n'est plus du droit de change pur. C'est ainsi que je m'explique l'influence que l'on a voulu donner à la loi nationale commune des „*parties*" (1).

Si la lettre a été tirée en plusieurs exemplaires, la loi du lieu fiduciaire d'émission indiquera quels sont les droits sur lesquels l'acquéreur d'un exemplaire peut compter. Cette même loi déterminera le sens légal des clauses spéciales que la lettre peut contenir. Cela n'est pas sans inconvénients. Il se peut que l'acquéreur compte à tort sur une clause que la loi du lieu fiduciaire d'émission considère comme non écrite, de sorte que l'acquéreur se verra dupé *pour avoir eu confiance trop légèrement*, mais cela tient à l'état des législations. Quant aux effets de l'erreur, du dol ou de la violence, il peut y avoir aussi des questions fort compliquées, mais, dans l'état actuel des législations, elles forment plutôt du droit international cérébral que du droit international pratique. Il n'y a guère de textes et une foule de controverses, même dans les droits nationaux.

J'ai dit que la loi du lieu fiduciaire d'émission régit, en général, les conditions sous lesquelles le tireur garantit

(1) Champcommunal, loc. cit., p. 148 sqq.

l'acceptation et le paiement. Mais il est parfaitement juste de tenir compte, dans une mesure raisonnable, de la loi du lieu où l'acceptation doit être demandée ou de celle du lieu où le paiement doit se faire, pour déterminer de quelle manière ces conditions doivent être remplies par le porteur. On n'a pas besoin de recourir ici à une exception fondée sur le principe de la „lex loci executionis", et l'on peut se dispenser de disserter sur le lieu où l'obligation de garantie du tireur doit être remplie ou bien sur la qualité de modalité de l'exécution, qui peut appartenir à telle ou telle mesure (1). Il n'y a pas ici d'exception, il n'y a qu'une interprétation raisonnable du principe de confiance. Le tireur a dû comprendre et faire comprendre que l'acceptation et le paiement seraient demandés de la manière indiquée par les lois et même par les usages des lieux d'acceptation et de paiement. Or, ce que le tireur a fait comprendre à un homme sérieux et raisonnable, c'est ce qui forme la substance de son obligation. Il peut sans doute y avoir quelque discussion sur les limites de l'application des lois du lieu fiduciaire d'émission et des lois des lieux d'acceptation ou de paiement, mais il serait injuste de me reprocher d'éterniser les controverses par ma méthode d'investigation. S'il y a controverse ici, c'est sur l'application d'un principe commun aux personnes qui discutent, et ces controverses sont inévitables dans la science. Ce sont des controverses tout autres que celles qui naissent de la contradiction des principes arbitraires, que les pourfendeurs de conflits prétendent imposer à la science.

La solution que je donne, en renvoyant à la loi du lieu

---

(1) Conf. von Bar, op. cit., nº. 304, Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nº. 655, Westlake, op. cit., § 231. Conf. Massé, op. cit., I, nº. 600.

fiduciaire d'émission, sauf interprétation raisonnable de la mesure de la confiance inspirée en ce qui concerne la présentation à l'acceptation et au paiement, me paraît devoir être maintenue même lorsque le tireur a émis une lettre domiciliée. Ce fait aura, par interprétation, une influence sur la confiance inspirée, mais il ne change pas le principe. Je me permets de dire modestement que la Cour de l'Empire d'Allemagne, en faisant une exception générale pour la lettre domiciliée, a été logique sans doute, mais qu'elle a appliqué logiquement un principe qui n'est pas juste, celui de la „lex loci executionis" (1).

V. *quant à la représentation.*

En ce qui concerne l'interprétation, la surextension et la survie d'un pouvoir réellement donné, je me permets de renvoyer à ce que j'ai dit (§ 39). La matière de la lettre de change confirme l'importance que j'ai donnée au principe de confiance dans la question de la représentation.

La seule question à examiner ici est celle de savoir si le pseudo-fondé de pouvoir doit être obligé sur la foi de la lettre, comme la personne, plus particulièrement ici le tireur, qu'il déclare représenter. Je n'hésite pas à dire que cette question doit être résolue d'après la loi du lieu fiduciaire de la signature du pseudo-agent (2). Un homme sérieux et raisonnable, qui acquiert la lettre, a dû prendre en considération la loi de ce lieu. Cette solution, qui se rattache au principe de confiance, me paraît préférable à

(1) Cour de l'Empire, 17 Janvier 1882, Entsch. Civ. VI, p. 24. Meili. cite (II, § 190 III) une décision du Conseil Fédéral Suisse.

(2) Tribunal d'Amsterdam, le 22 Février 1889, Weekblad v. h. R. nº. 5766. Le tribunal a appliqué la section 25 de la loi anglaise de 1882. Le lieu fiduciaire était en même temps le lieu effectif.

celle qui voudrait prendre pour base la loi du lieu effectif de la signature ou celle du lieu où la lettre a trouvé preneur, ou encore celle du lieu où le paiement doit être fait (1). Ce point a été examiné.

Si le pseudo-fondé de pouvoir n'est pas obligé sur la foi de la lettre, il se peut qu'il soit tenu de dommages et intérêts, mais cette responsabilité se trouve en dehors du droit de change. Ma méthode d'investigation ne me permet pas de renvoyer à une loi, au moyen d'une règle universelle, lorsqu'il y a désaccord sur la nature d'une relation juridique. Je cherche le droit applicable, je ne le décrète pas.

---

§ 87. *Endossement*

A. **Considérations générales.**

L'endossement est une institution du droit commun international, et les différences que les législations présentent ne sont que des nuances ; cependant elles sont nombreuses et ne manquent pas d'importance. Conformément à mon plan de travail, je ne prendrai que les différences les plus saillantes, en me contentant de citer deux ou trois lois pour chaque point. Je n'ai plus besoin de parler de la capacité.

Généralement l'endossement d'une lettre de change produit deux effets, un effet actif et un effet passif. Le premier rend les porteurs successifs, légitimés selon la teneur du titre, créanciers ; le second fait que les endosseurs répondent de l'acceptation et du paiement envers leurs successeurs.

En théorie, on discute sur le fondement de ces effets. Pour moi, l'effet actif résulte du caractère même du titre à ordre. Le tireur et l'accepteur ont inspiré la confiance qu'ils

(1) Conf. MEILI, op. cit., § 188.

feraient payer ou paieraient à l'endossé; ce dernier peut leur dire: „*je suis celui que vous avez reconnu pour votre créancier*". L'effet passif, au contraire, n'est pas une conséquence du caractère du titre à ordre; les droits positifs, qui par leur concordance sont devenus du droit commun international, l'attachent à l'endossement d'un titre *qui est une lettre de change*. Ce n'est qu'après coup, comme explication du droit positif, que l'on peut dire que l'endosseur est, en quelque sorte, tireur d'une lettre au profit de ses successeurs (1). Mais je ne veux pas aller au fond du débat théorique. J'en ai dit assez pour justifier la distinction que je ferai entre les deux effets.

B. **Points saillants du droit comparé.**

a. *rapport entre l'endossement et le titre sur lequel il se trouve.*

Pour qu'un endossement produise les effets de l'endossement d'une lettre de change, il faut qu'il se trouve sur un titre *qui est une lettre de change*. Dans le droit national de change, cette vérité paraît simple. L'ordonnance allemande, entre autres, l'exprime dans son art. 7, après avoir réglé la forme de la lettre de change. Dans le droit international, la chose n'est plus aussi simple. Les lois ont des formes différentes. Tel titre, lettre de change ici, ne l'est pas là-bas. Il se peut même qu'il soit un autre titre réglé par la loi, une assignation par exemple, comme nous le verrons. Nous avons déjà vu aussi qu'il y a des lois, l'ordonnance allemande (art. 85) et la loi anglaise (sect. 72) par exemple, qui prévoient le cas où un endossement a été apposé, en Allemagne ou en Angleterre, sur un titre qui a été émis à l'étranger, et qui à son origine n'était pas une lettre de change. Il y a donc lieu,

(1) Conf. Code de comm. argentin, art. 625.

pour le droit international, de tenir compte de la forme du titre et de bien distinguer cette forme de celle de l'endossement même.

b. *endossabilité.*

La lettre de change est généralement comptée au nombre des titres endossables, mais toutes les lettres de change ne sont pas endossables, d'après toutes les lois. Si d'après le code de commerce français (art. 110) la clause à ordre est de l'essence de la lettre de change (1), notre droit néerlandais permet de tirer des lettres à personne dénommée, et la lettre n'est endossable que si elle est à ordre (art. 139 c. d. c.). Le droit allemand, au contraire, suivi par un grand nombre d'autres lois, attache l'endossabilité à l'appellation „lettre de change" ; pour exclure l'endossabilité, le tireur doit dire que la lettre n'est pas à ordre. D'après le code de commerce portugais (art. 280) la simple dénomination de „letra" veut clause à ordre. Le droit italien admet aussi la clause „non all' ordine" ou une clause équivalente, (art. 257 c. d. c.), mais cette clause n'empêche pas l'endossement, elle a pour effet se donner aux endossements le caractère d'une cession à l'égard de celui qui a apposé la clause. VIVANTE, après avoir constaté la différence entre le droit allemand et le droit italien, dit expressément que la clause en question, dans son pays, n'a d'influence que sur l'effet passif (2).

c. *différentes formes d'endossement.*

ca. endossement nominatif ou restrictif.

La question se rapproche de celle que nous venons d'exa-

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, n°. 70. Pour le droit belge: NAMUR, op. cit. I, 429; pour le droit anglais : CHALMERS op. cit., ad sect. 8 legis; pour le droit américain : CRAWFORD, ad § 27 legis.

(2) Op. cit., n°s. 1114, 1115. Conf. c. d. c. japonais, art. 455 j° 459.

miner, mais ce n'est pas la même ; il s'agit ici de savoir si l'endosseur peut exclure l'endossabilité ultérieure. Le code de comm. italien (art. 257) et la loi russe (art. 22) réunissent les deux questions, parce qu'ils leur donnent la même solution, mais elles sont distinctes. Le code de comm. français (art. 137 al. 3) exige que l'endossement énonce le nom de celui à l'ordre de qui il est passé, ce qui fait que la clause à ordre appartient à l'essence de l'endossement. Notre législateur n'exige pas la mention de la clause à ordre dans l'endossement régulier ; plusieurs auteurs enseignent qu'il n'appartient pas à l'endosseur de priver le titre de son endossabilité, mais que celui qui a endossé sans clause à ordre ne s'oblige pas envers les endossés ultérieurs (1). L'ordonnance allemande (art. 15) admet et règle la clause „nicht an Order" ajoutée à un endossement ; cette clause n'empêche pas l'endossement ultérieur et n'a effet que sur la garantie (2). Le droit anglais (sect. 35, 36) admet expressément l'endossement restrictif qui défend une négociation ultérieure. Le droit américain, (§ 66, 67) a aussi réglé cet endossement : le § 66 cité constate, dans son dernier alinéa, que l'absence d'expressions, emportant un pouvoir de négocier, ne rend pas l'endossement restrictif (3).

cb. endossement régulier et endossement irrégulier.

Il suffit ici de constater l'opposition qui existe entre le droit français et le droit allemand, en y ajoutant une observation sur le droit néerlandais. Le droit français, après avoir

---

(1) Diephuis, *Ned. Handelsrecht*, I, p. 201. Land, *Beginselen van het hedendaagsche Wisselrecht*, § 24.

(2) Kuntze (Endemann) V, § 43. Grünhut, op. cit., § 82.

(3) Crawford, ad § 66, cite *Leavitt* v. *Putnam*, 3 N V 494.

réglé dans l'art. 137 du code de commerce la forme de l'endossement régulier, comprenant, entre autres, l'indication de la valeur fournie, ajoute (art. 138) que l'endossement, qui n'est pas conforme (endossement irrégulier) n'est qu'une procuration. Le droit allemand, qui n'exige pas l'indication de la valeur fournie, ne connaît pas l'endossement irrégulier valant procuration, mais il a, comme on sait, l'endossement de procuration. Le code néerlandais a suivi en général le droit français, mais il constate que l'endossé irrégulier peut faire un endossement translatif de propriété lorsque le titre est à son ordre. Ce dernier point, qui était controversé déjà dans le droit français en 1838, lors de la mise en vigueur de notre code national, l'est encore aujourd'hui. Lyon-Caen et Renault (1) enseignent que la jurisprudence française est fixée dans le sens du code néerlandais, ce qui accentue la différence entre l'endossement irrégulier du droit français et l'endossement de procuration du droit allemand.

cc. endossement en blanc.

Le code de commerce néerlandais, consacrant les usages commerciaux, a admis (art. 136) l'endossement en blanc, consistant dans la simple signature de l'endossant, placée sur la lettre. Cet endossement produit son plein effet. Les législations modernes ont généralement suivi ce système, entre autres l'ordonnance allemande (art. 12), la loi anglaise (sect. 32) et la loi russe (art. 19). Je néglige les nuances, par exemple la question de savoir si l'endossement en blanc *doit* se trouver *sur le dos* de la lettre. Le droit français ne mentionne pas en propres termes l'endossement en blanc, qui, comme endos-

---

(1) Op. cit., IV, n°. 139.

sement irrégulier, ne vaudra que comme procuration. Lyon-Caen et Renault enseignent pourtant qu'on reconnaît au porteur le droit d'en faire un endossement régulier, au moins tant que le mandat n'a pas été révoqué par la mort ou la faillite de l'endosseur (1).

cd. endossement de procuration.

A la différence du droit français et du droit néerlandais, plusieurs législations, qui ne connaissent pas l'endossement irrégulier, admettent l'endossement qui fait mention d'une procuration. Je citerai, et naturellement en premier lieu, l'ordonnance allemande (art. 17), puis le code italien (art. 259), la loi russe (artt. 25, 26). Cette dernière dit expressément que le mandat n'est pas révoqué par la mort ou l'incapacité civile du mandant. Le point le plus saillant est ici sans aucun doute la disposition des lois qui permet seulement à l'endossé-mandataire de transmettre son mandat (2).

ce. endossement de nantissement.

On peut se servir de l'endossement complet, de l'endossement irrégulier et de l'endossement de procuration pour donner la lettre en nantissement. Le gage alors est inapparent pour les tiers. Si l'endossement est complet, le créancier-gagiste deviendra titulaire-fiduciaire, ou si l'on veut propriétaire. Notre législation, qui parle du gage établi sur un titre à ordre (Art. 1198*bis* du code civil) ne semble connaître que le gage inapparent; elle exige la remise du titre endossé. Le § 1292 du code civil allemand ne connaît aussi que le gage fiduciaire (3). Le code de commerce italien fait

---

(1) Op. cit., IV, nº. 149.
(2) Grünhut, op. cit., § 97.
(3) Kuhlenbeck, *Das bürg. Gesetzbuch*, ad §. Dernburg, op. cit., III, § 281.

mention de l'endossement „valuta in garantia", dans l'art. 259 déjà cité. Le code de commerce japonais (1) (art. 463) parle spécialement de l'endossement en nantissement; il exige que le but de l'endossement en question soit indiqué, en ajoutant que l'endossé peut transmettre le titre dans le même but.

cf. endossement partiel, conditionnel.

Quelques législations seulement parlent de ces endossements. Les controverses auxquels ils peuvent donner lieu dans les législations qui sont muettes ne peuvent pas nous arrêter (2). Le droit anglais (section 32, sous-s. 2) déclare que l'endossement, pour valoir comme négociation, doit comprendre la totalité de la somme payable, et qu'on ne peut indiquer deux endossés, légitimés chacun pour une partie de la somme. Le droit uniforme américain (§ 62) reproduit cette disposition, en ajoutant que lorsque la lettre a été payée en partie, elle peut être endossée pour le reste. D'après le code de commerce argentin (art. 634), la lettre endossée pour une partie de la somme demeure éteinte pour le reste. Le droit anglais (sect. 33) parle encore de l'endossement conditionnel en disant que celui qui paie la lettre n'a pas à s'inquiéter de l'accomplissement de la condition. Le droit uniforme américain a reproduit, à peu près dans les mêmes termes, cette disposition, qui modifie le droit antérieur (3); la seconde partie du § 69 donne cependant un certain effet à la condition, en ce qui concerne les endossés successifs, qui détiennent le titre ou son produit.

---

(1) Je me suis servi de la traduction Lönholm.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 128*bis*. Vivante, op. cit., n°. 1150. Grünhut, op. cit., § 92.

(3) Daniel, op. cit., § 697. Crawford, op. cit., ad §, citant *Madison Square Bank* v. *Pierce*, 137 N. Y. 444.

cg. endossement „sans garantie".

Plusieurs lois, l'ordonnance allemande entre autres (art. 14), ont réglé cette clause; dans la loi russe (art. 21) il semble qu'elle exige des termes sacramentels (1). Dans les pays où les lois sont muettes, comme la France et la Néerlande, il peut y avoir quelque doute sur sa validité. En France, Lyon-Caen et Renault admettent cette validité sans hésitation (2).

ch. endossement au profit de personnes déjà débitrices en vertu de la lettre.

Lorsque les lois sont muettes, il peut y avoir controverse, particulièrement lorsque la lettre est endossée à l'accepteur. Quelques législations ont cru devoir régler la matière en déclarant valables les négociations ultérieures. C'est ce qu'ont fait, entre autres, l'ordonnance allemande (art. 10) et la loi belge (art. 28).

ci. endossement après l'échéance.

La différence que les lois présentent est sensible, mais bien connue. Le code français garde le silence, ce qui donne lieu à controverse; Lyon-Caen et Renault disent que la jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens que l'endossement peut avoir lieu avec plein effet, après l'échéance (3). Notre législateur en a décidé autrement. Après l'échéance, il faut un acte de cession, conformément au code civil (art. 139 C. d. C.). D'après la loi belge (art. 26), l'endossement après

(1) Zeitschrift f. d. G. H., loc. cit. Est-ce bien certain? Le texte russe, cité par les annotateurs, «bes oborota na menja», parle au singulier.

(2) Op. cit., IV, n⁰. 133.

(3) Op. cit., IV, n⁰. 135.

l'échéance vaut comme une cession. La loi italienne (art. 260), entre autres, le dit aussi. La loi allemande a un système plus compliqué, qui distingue (art. 16) entre l'endossement fait avant le protêt et celui qui a été fait après ; je crois inutile d'entrer dans des développements. La loi suisse (art. 734) a reproduit cette distinction ; elle est même un peu plus explicite encore. Les lois russe (art. 56) et japonaise (art. 462) ne la reproduisent pas.

d. *effet actif de l'endossement.*

L'endossement, par lui-même, rend créancier l'endossé qui peut se légitimer par le titre. La question de savoir s'il faut une remise du titre ou s'il suffit que le titre endossé soit parvenu au porteur, légitimé par le titre, appartient plutôt au domaine de la théorie. La loi anglaise (sect. 2, j° 21) semble exiger la remise, mais elle maintient, par ce qu'elle appelle une „présomption conclusive", le droit de l'acquéreur de bonne foi qui a payé la contrevaleur.

Ce caractère de la créance, qui naît de l'endossement, peut être indiqué par l'expression „créance cambiale". C'est aux théories allemandes que le monde est redevable de cette conquête scientifique. L'ordonnance allemande se sert du mot „wechselmäszig" qu'elle emploie couramment, et, dans son art. 82, elle parle des „exceptions" „Einreden" opposables par le débiteur *cambial.* Cette notion a passé dans les lois du type allemand. Elle a pénétré, j'ose dire par son exactitude scientifique, dans le droit français (1) et dans notre droit, qui ne sont pas explicites. Elle forme même la base du droit anglais et du droit américain, en tant que ces droits

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 130.

donnent une créance originaire à l'acquéreur de bonne foi et en contrevaleur.

Mais il reste deux questions que je me permets de présenter dégagées de tout élément étranger, particulièrement de l'influence du faux, et de celle de la perte ou du vol de la lettre, dont je m'occuperai plus tard. La première est la question de savoir à quelle sorte d'endossement l'effet cambial est attaché ; la seconde porte sur les conséquences extrêmes de cette notion.

La forme de l'endossement n'est pas sans influence sur son effet actif cambial. Sans doute les diverses espèces d'endossement ont cela de commun, que l'endossé peut demander le paiement. Cela est vrai de l'endossement irrégulier du droit français, de l'endossement „in Prokura" du droit allemand, de l'endossement „valuta in garantia" du droit italien, et même de l'endossement fait après l'échéance, d'après un assez grand nombre de législations. Mais l'endossé pourra-t-il agir, comme un créancier cambial, ayant un droit indépendant de celui de ses prédécesseurs, ou bien exercera-t-il seulement le droit de son prédécesseur immédiat, de son mandant ou de celui qui lui a donné la lettre en nantissement ? Ce que nous avons dit des diverses espèces d'endossement suffit pour faire voir que cette question peut recevoir une réponse différente, selon les législations applicables.

Le soin de tirer de la notion de la créance cambiale ses conséquences extrêmes appartient, en grande partie, à la science. Au sein d'un droit national, les interprètes sont souvent en désaccord, ce qui fait que l'indication d'une loi applicable ne décide pas toujours la question. En somme, les deux acceptions les plus répandues sont celle qui fait du droit cambial un droit littéral et abstrait, et celle qui fait

naître l'effet cambial de l'acquisition, de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active, d'un titre qui a inspiré confiance au public. La science allemande est disposée à suivre la première, mais il y a bien des points controversés ; je me contente de renvoyer à ce que Dernburg dit dans un ouvrage récent (1). Le droit anglais (loi de 1882, sect. 38 j° 30) suit plutôt la seconde (2). Quand ce ne serait qu'une question de preuve, elle serait encore importante.

e. *effet passif de l'endossement.*

La garantie, que l'endosseur doit, est attachée, par le droit commun international, à l'endossement placé sur un titre *qui est une lettre de change.* C'est pour cette raison surtout que la circulation internationale des lettres de change est possible, malgré les divergences des lois, et malgré les dissentiments théoriques sur la question de savoir si l'obligation de l'endosseur naît du fait de l'apposition de la signature, de la négociation entre l'endosseur et son endossé immédiat, ou autrement.

Si l'effet passif de l'endossement dépend, abstraction faite des exceptions qui confirment la règle, de la forme cambiale du titre, elle dépend aussi, dans une large mesure, plus large de beaucoup que pour l'effet actif, de la forme de l'endossement. J'ai en vue encore l'endossement irrégulier, l'endossement de procuration, l'endossement après l'échéance, l'endossement restrictif, et naturellement aussi l'endossement sans garantie, qui a pour but d'exclure l'effet passif en maintenant l'effet actif. Il y a des controverses, mais elles se

---

(1) Op. cit., II[1], p. 12, II[2], § 276.
(2) Conf. loi russe, artt. 15, 16, 23 et 24.

rapportent à l'interprétation des textes. Ainsi, dans le droit français et dans le droit néerlandais, l'endosseur irrégulier ne répond pas de l'encaissement envers son mandataire chargé d'encaisser, mais celui qui a acquis le titre, par un endossement irrégulier valant procuration, est-il tenu de la garantie envers ceux à qui il transmet le titre par endossement régulier? LYON-CAEN et RENAULT (1) le déclarent garant, parce qu'il appose sa signature sur le titre, ce qui est un meilleur argument que celui qui le proclame commissionnaire; MOLENGRAAFF dit qu'il ne répond pas cambialement, LAND est d'un avis opposé (2).

Dans le droit commun international, la garantie de l'endosseur dépend de conditions que l'on peut résumer en disant que le porteur ne doit pas avoir été négligent. Mais que de nuances dans le développement de ces conditions! Qu'on songe à la lettre à vue ou à un certain délai de vue, au mode de présentation, à la constatation du défaut d'acceptation ou de paiement, au délai de grâce, à la notification du „déshonneur", aux effets du refus d'acceptation ou du refus de paiement dûment constatés. Je n'insiste pas ici, parce que je me propose d'examiner tous ces points plus tard. Essayer de démontrer au lecteur qu'il est très important de déterminer en principe quelles règles de droit régissent l'effet passif de l'endossement, serait prêcher un converti.

C. **Application du droit.**

I. *quant à la forme du titre.*

L'endossement, avons-nous dit, doit, pour produire les effets du droit de change, se trouver sur un titre qui par

(1) Op. cit., IV, nº. 141.

(2) MOLENGRAAFF, *Leiddraad*, 1e édit., p. 151. LAND, op. cit., § 22.

sa forme est une lettre de change. Or, la forme de la lettre est régie par la loi du lieu fiduciaire d'émission. Il en résulte que si d'après cette loi le titre n'est pas une lettre de change, l'endossement ne produira pas d'effet cambial.

La conséquence pratique de cette conclusion est formidable. Toutes les signatures, celles du tireur ou de l'accepteur comme celles des endosseurs, ne produiront pas les effets du droit de change, parce qu'elles ne se trouveront pas sur une lettre de change. Des auteurs de mérite, ESPERSON (1) et CHAMPCOMMUNAL (2), entre autres, ont cherché à écarter cette conclusion en invoquant le principe de l'indépendance des signatures, mais il y a là une illusion ; on ne peut pas comparer cette matière à celle de l'incapacité ; la capacité est une circonstance invisible, alors que le défaut de forme est visible. DIENA a combattu cette conclusion avec raison (3). VON BAR (4) qui voudrait donner à la règle „locus regit actum" une autorité facultative, ne va pas jusqu'à soutenir qu'il soit possible d'appliquer ici, sans texte, le principe de l'indépendance. Il invoque l'art. 85, alin. 3, de l'ordonnance allemande, et *recommande* d'insérer dans les lois un texte général. Les conclusions que DIENA tire de l'art. 9 des dispositions préliminaires italiennes et de l'art. 58 du code de commerce italien, ne valent que pour le juge italien.

Je comprends parfaitement l'émoi que peut faire naître la conséquence que j'ai qualifiée de formidable, mais la faute ne se trouve pas du côté de la règle qui renvoie à la loi du lieu fiduciaire d'émission, mais du côté des lois qui ont exagéré

(1) Op. cit., n°. 18, note 22.
(2) Loc. cit., p. 147.
(3) Op. cit., III, n°. 219.
(4) Op. cit.. II, n°. 302.

l'autorité de la forme. Le droit international privé, qui n'est pas la science mécanique des conflits à trancher, mais le droit privé de la société universelle, a le devoir de ne pas masquer le défaut des règles de renvoi ; il doit, au contraire, le mettre en lumière. C'est à une autre branche de la méthode du droit international privé, à celle que j'ai appelée la méthode universelle, et qui codifie au moyen de lois uniformes ou de traités, qu'il faut faire appel. Le vrai remède est une codification uniforme.

C'est ainsi que je rends justice à la bonne intention des législateurs qui ont formulé des dispositions dans le genre de l'art. 85 de l'ordonnance allemande, de l'art. 72 de la loi anglaise, ou de l'art. 738 du code de commerce argentin. Une généralisation de ces principes, par la voie d'une loi uniforme ou d'un traité, aurait des avantages relatifs. Mais, d'un autre côté, elle ferait une salade de toutes les lois. Une partie des signatures se trouvera sur une lettre de change, une autre sur une assignation, une autre encore sur un papier non endossable et sans valeur aucune. Il est probable qu'une assemblée internationale, qui aurait à peser les avantages et les inconvénients de la mesure, préférerait recommander : la suppression universelle de toutes les formes inutiles.

II. *quant à l'endossabilité.*

Indépendamment des défauts de forme du titre, défauts qui comme nous le verrons plus tard en parlant de l'assignation, peuvent lui enlever son endossabilité, cette endossabilité peut être exclue, soit par une clause émanant du tireur, soit par une déclaration d'un endosseur. Il faut distinguer ces deux cas l'un de l'autre (1).

---

(1) Conf. OTTOLENGHI, op. cit., nº. 84.

Quant à la clause apposée par le tireur, qui a émis la lettre de change à personne dénommée, ou qui a désigné le preneur avec la mention „non à ordre", par exemple, il faut suivre la loi du lieu fiduciaire d'émission. Pourquoi le tireur serait-il tenu, alors que sa déclaration n'a pas dû inspirer à un homme sérieux et raisonnable la confiance qu'il le serait? Il en résulte que la lettre, émise dans les Pays-Bas à personne dénommée, ne sera pas endossable avec effet cambial, alors que la même lettre émise en Allemagne, en due forme, le sera, à moins que la clause „non à ordre" n'ait été exprimée, et que cette dernière lettre, émise en Russie, sera endossable, mais sans recours contre le tireur, quant aux endossés subséquents. Bien qu'il y ait certitude du droit applicable, par suite du renvoi à une loi, je ne considère pas ce résultat comme satisfaisant pour le droit international privé en sens large. Ce qu'il faudrait, ce serait une règle uniforme, dans l'esprit du droit russe.

Pour ce qui est de l'exclusion de l'endossement ultérieur, par une clause émanant d'un endosseur, j'arrive à une autre conclusion. Sans doute, si la lettre est purement locale-nationale ou locale-étrangère, le droit local sera appliqué, mais pour ce qui est de la lettre internationale, ceux qui auront acquis la lettre par endossement, malgré la clause, auront le droit d'agir cambialement contre le tireur et contre les endosseurs qui n'auront pas répété la clause, conformément à la loi du lieu fiduciaire de leur endossement. Mon motif d'en décider ainsi est qu'il n'appartient pas à un endosseur de modifier la confiance inspirée par le tireur et par ceux qui ont apposé leur signature sans réserve. Celui qui a acquis la lettre est, malgré tout, l'ordre du preneur; il peut faire appel à la confiance inspirée, par le tireur et par les endosseurs subséquents,

à celui qui aurait cette qualité. Il se peut que les endossements, faits successivement dans des pays divers, aient une signification différente, mais cela tient, encore une fois, à l'état des législations.

III. *quant à la forme de l'endossement même.*

L'endossement même doit être fait dans la forme du lieu fiduciaire où il est apposé (1). Le renvoi à la loi de ce lieu est encore plus nécessaire ici que pour l'émission. Le lieu où un endossement se fait ne doit pas, le plus souvent, être indiqué, et l'endossement en blanc n'est localisable que par raisonnement. Mais un homme sérieux et raisonnable est fondé à admettre que l'endossement a été apposé au lieu qu'il indique, ou, s'il ne l'indique pas, au lieu où le signataire a le centre de son activité, c'est-à-dire au lieu de son établissement professionnel ou de son domicile ; l'endossement qui répond aux formes à la loi de ce lieu fiduciaire a dû lui inspirer une confiance légitime.

La règle en question est satisfaisante, en tant qu'elle a un caractère positif, assurant la validité d'un endossement intermédiaire, qui n'est pas conforme aux lois du lieu d'émission de la lettre ou du lieu de paiement. Elle l'est moins en tant qu'elle a un effet négatif, invalidant cet endossement. Heureusement que l'endossement, qui porte la signature de l'endosseur, apposée au dos de la lettre, vaudra généralement au moins comme procuration de toucher et même de réendosser, ce qui fait que la chaîne des endossements ne sera pas rompue. Mais, je ne voudrais pas affirmer qu'il soit impossible d'imaginer un cas où la chaîne le serait, par exemple dans le cas d'un endossement partiel ou conditionnel.

(1) Tribunal d'Amsterdam, 5 Octobre 1876, Weekbl. n°. 4080.

Dans tous les cas, le principe de l'indépendance des endossements, quant à la forme, ne corrige pas ce défaut. Il l'accentue au contraire. Pour donner plus ou moins arbitrairement un effet facultatif à la règle „locus regit actum", il faudrait un accord international, renvoyant subsidiairement à la loi du lieu d'émission ou de paiement, ou bien encore à la loi nationale ou domiciliaire du signataire. On pourrait dire aussi que le défaut de forme d'un endossement intermédiaire, contenant au moins la signature de l'endosseur, ne rompt jamais la chaîne des endossements. Mais, si l'on avait vraiment le désir de s'entendre, on arriverait bien à l'uniformité matérielle du droit. Il n'y a aucun principe fondamental en cause.

IV. *quant au droit de l'endossé.*

La substance du droit de l'endossé dépend sans doute, en tout premier lieu, des obligations de celui contre qui ce droit est invoqué. Il en est ainsi, non-seulement lorsque l'endossé agit contre le tireur, mais aussi lorsqu'il a affaire aux autres endosseurs, qui lui doivent la garantie, ou à l'accepteur. Les conséquences que certaines lois attachent au caractère cambial des obligations de change, se développeront de cette manière.

Mais, d'après un assez grand nombre de lois, la question de savoir si l'endossé est un créancier cambial ou un simple mandataire avec pouvoir de recouvrer, dépend de la forme de l'endossement, auquel cet endossé emprunte ses droits, ou même de celle des endossements qui précèdent. J'ai en vue, non pas particulièrement l'endossement irrégulier qui donne lieu à des controverses, mais surtout l'endossement de procuration du droit allemand (art. 17) et des législations qui ont suivi ce droit. Cet endossement de procuration, même

s'il est à ordre, ne donne pas la pleine qualité d'endossé aux successeurs de l'endossé. L'endossement après l'échéance peut aussi, selon la loi qui le régit, donner lieu à des divergences (1).

La question n'est pas d'une importance pratique fort grande, parce que l'endossement, qui vaut procuration ou cession, donne le droit de faire valoir les prétentions attachées à la lettre, mais il n'est pas moins utile de la poser. Un endossement de procuration, apposé en Allemagne avec clause à ordre, peut être suivi d'un endossement régulier apposé en France, et l'on peut se demander si l'acquéreur, légitimé par ce dernier endossement, aura un droit cambial complet ou bien s'il ne sera que mandataire-substitué (2). Pour moi, je lui accorderais, en principe, un droit cambial complet. La lettre de change est à ordre, et il n'appartient pas au porteur, même régulier, de lui enlever ce caractère ; il peut seulement exclure ou limiter sa propre responsabilité, comme il le fait quand il signe „ohne Obligo", „à forfait" etc. Le porteur international est fondé à donner cette interprétation restreinte à la clause de procuration, apposée par un endosseur antérieur, autre que celui qui lui a transmis la lettre directement. Il aura donc le droit d'agir cambialement, sauf contre ceux qui auront légalement exclu leur obligation de garantie.

V. *quant aux obligations de l'endosseur.*

Pour ne pas me jeter dans tous les sentiers de traverse que je rencontre, je glisserai sur les conséquences que peuvent avoir ici les diverses formes de l'endossement. Le lecteur peut se les représenter d'après ce que nous avons dit du

---

(1) Conf. WESTLAKE, op. cit., § 227, et la décision *Alcock* v. *Smith* (1892) I, Ch. 238, Romer, affirmed by Lindley, Lopes and Kay.

(2) OTTOLENGHI, op. cit., no. 89.

droit de l'endossé, qui suppose une obligation corrélative, imposée à un autre signataire. D'ailleurs, comme les obligations de garantie, que le droit positif impose aux endosseurs, ne sont pas essentielles, on comprend fort bien qu'un endosseur puisse être obligé, alors qu'un endosseur précédent ne l'est pas, par exemple parce qu'il a exclu par une clause son obligation de garantie.

La question qui va nous occuper est celle de savoir si les obligations de l'endosseur seront différentes selon la loi qui régit chaque endossement, ou si l'on peut arriver à l'unité, en désignant une loi unique régissant, pour tous les endosseurs, la substance de leur obligation (1).

Il faut partir de l'idée que si l'obligation même de l'endosseur est de droit commun international, sa substance dépend de la confiance que la signature, apposée dans le cadre légal, ou sans cadre, si cela est légal, a dû inspirer au public, considéré comme composé d'hommes sérieux et raisonnables. Or il me paraît que cette confiance se porte, en ce qui concerne la substance et les conditions générales des obligations de chaque endosseur, sur la loi du lieu fiduciaire de son endossement. Par suite, sauf interprétation raisonnable de la mesure de la confiance, cette loi régira les obligations de l'endosseur. Je ne crois pas qu'on puisse dire que tous les endosseurs et tous les porteurs successifs, qui ont eu confiance dans les déclarations faites par leurs prédécesseurs, ont dû avoir eu en vue la loi du lieu où la lettre a été émise ou celle du lieu où elle est payable. Je ne voudrais pas même le dire pour la lettre payable dans le

(1) Traité de Montevidéo, artt. 29 et 30. Dans la traduction de l'art. 30, publiée dans le Journal de droit intern. privé, (1897 p. 899) l'expression «el girador» a été rendue par «l'endosseur» ; il faut lire : le tireur.

pays de son émission, l'„inland bill'' du droit anglais, qui a circulé dans un autre pays ; un porteur raisonnable ne réunit pas les endosseurs en une seule masse, il examine, pour chacun d'eux, ce que la signature représente, en tenant compte de l'obligation légale de garantie ; son analyse de cette obligation ne peut que se reporter à la loi du lieu fiduciaire d'endossement. La loi anglaise (section 2 sous-section 72, in fine) établit une exception pour la lettre intérieure endossée à l'étranger, mais seulement en ce qui concerne celui qui doit payer. L'exception me paraît confirmer la règle.

J'ai dit que la mesure de la confiance inspirée devait être interprétée raisonnablement. En disant cela, j'ai d'abord eu en vue le cas où il y a, entre endosseur et endossé immédiat, une convention de négociation, qui fera loi entre eux. Sous ce rapport la nationalité commune des parties pourrait avoir une certaine influence, mais ce n'est plus, en réalité, du droit de change. Mais j'ai pensé aussi à la condition que le porteur ne doit pas avoir été négligent, condition bien plus stricte encore pour les endosseurs que pour le tireur. Ici encore, on peut dire que l'endosseur a dû faire comprendre, à un homme raisonnable, que l'acceptation et le paiement devraient être demandés de la manière indiquée par les lois et les usages des lieux d'acceptation et de paiement. Je reviendrai sur ce point en traitant du refus d'acceptation et du refus de paiement.

Le renvoi, en principe, à la loi du lieu fiduciaire d'endossement ne laisse pas subsister d'incertitude sur la loi applicable. Le conflit est tranché, comme diraient certains interprètes, qui soutiennent qu'alors le droit international privé a terminé sa tâche. Pour moi, cette tâche n'est qu'à son début. La différence entre la substance des obligations du tireur et celle des obligations des endosseurs, et la diversité dans les conditions des

obligations des endosseurs, sont des inconvénients, mais ces inconvénients tiennent à la divergence des lois dans une matière qui appartient à la vie active universelle. On pourrait essayer d'arriver à l'unité en renvoyant, par un accord international, pour tous les débiteurs, à la loi du lieu d'émission ou à celle du lieu de paiement (1), mais je ne crois pas qu'on fasse ainsi un bon choix ; l'acquéreur d'une lettre ne se décide souvent que sur la foi d'une seule signature d'endosseur dont il analyse la signification, en se rapportant à la loi qui la régit. On peut faire la même objection contre la proposition de l'Institut de droit international, qui voudrait dire que les obligations des endosseurs ne seront jamais plus étendues que celles du tireur (projet de Bruxelles, thèse II). Nous comprendrons mieux la portée de la proposition après avoir examiné les suites du refus d'acceptation et celles du non-paiement. L'Institut, fort sagement, n'a formulé sa proposition que pour le cas où l'on ne pourrait pas arriver à l'uniformité du droit de change, uniformité qui, si elle était universelle, mettrait naturellement fin au débat.

---

§ 88. *L'acceptation.*

A. **Considérations générales.**

Il y a en théorie, des divergences sur la nature de l'obligation de l'accepteur. Ces divergences se rattachent aux différentes théories de la lettre de change. La conception d'un mandat, donné par le tireur et accepté par le tiré, a vieilli, sans être tout à fait abandonnée. Mais, abstraction faite de cette conception, il y a des difficultés du

(1) Pothier, *Traité du contrat de change*, n°. 155, parle du lieu où la lettre est payable. Conf. Daniel, op. cit., § 901 (889, 900).

même ordre que celles que nous avons constatées pour l'émission et l'endossement. L'accepteur est-il obligé par le fait seul de sa signature, ou faut-il admettre qu'il se forme un contrat entre l'accepteur et celui qui présente le titre à l'acceptation? Cette question est assez grave lorsque l'on veut faire l'application quasi-mécanique de la „lex loci contractus", et que l'on doit se demander où se forme le contrat conclu par l'accepteur. Je me contente de signaler le point. J'ajoute cependant que la difficulté se complique lorsque les lois ont des dispositions positives, qui s'expliquent par des considérations théoriques. En somme, pourquoi certaines lois ne permettent-elles pas à l'accepteur de biffer sa signature, même lorsque le titre est encore entre ses mains? N'est-ce pas parce qu'elles considèrent l'accepteur comme lié par le seul fait de sa signature? Pourquoi, d'un autre côté, certaines lois déclarent-elles l'accepteur obligé de payer plusieurs fois, lorsqu'il accepte plusieurs exemplaires d'une même lettre, et que plusieurs porteurs réguliers et de bonne foi se présentent, munis chacun d'un exemplaire? N'est-ce pas parce que les lois poussent jusqu'à l'extrême limite le désir de maintenir la confiance inspirée? Or, on trouve les deux dispositions dans une même législation. Lorsqu'on est obligé d'appliquer à l'acceptation les dispositions générales ou spéciales sur la capacité, l'erreur, le dol ou la violence, on a encore besoin d'une base théorique. Mais je ne veux pas aller trop loin dans cette voie. L'unification même des législations laisserait subsister des divergences de théorie, et si ces divergences donnaient lieu à des interprétations différentes, il faudrait une cour de cassation internationale pour maintenir l'unité. Or, c'est là une exigence qu'un homme pratique ne peut pas poser aujourd'hui.

Indépendamment de ces questions théoriques, il y a dans les lois des divergences assez notables quant à l'acceptation, divergences qui pourraient disparaître avec de la bonne volonté, mais qui ne s'en font pas moins sentir. Je suis encore obligé de parler de la forme, parce qu'elle se rattache à la substance. Sous certains rapports, il est de même de la capacité, mais ce que j'ai dit de l'émission suffit.

B. **Points saillants du droit comparé.**

a. *la présentation à l'acceptation.*

aa. droit (faculté) de demander l'acceptation.

Bien que le texte de la lettre ne parle pas d'acceptation, il est de droit commun que le porteur peut la demander et, en cas de refus, exercer son recours. En France, il est d'usage, dans certaines branches de commerce, d'exclure ou de limiter cette faculté ; la jurisprudence admet cette clause, elle y attache même des effets particuliers en ce qui concerne la provision (1). En Italie, VIVANTE la déclare admissible (2). L'ordonnance allemande (art. 18) refuse à cette clause l'effet cambial, mais elle pose elle-même une limite au droit de demander immédiatement l'acceptation des lettres payables en foire (3).

ab. devoir de demander l'acceptation.

Historiquement, on peut concevoir un devoir général, pour le porteur, de demander, avec due diligence, l'acceptation du

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, nos. 181, 186, 192.
(2) Op. cit., III, no. 1156. Conf. DIENA, op. cit., III. p. 107.
(3) KUNTZE (ENDEMANN), V, § 50, note 5.

tiré, de manière à munir la lettre de change d'une ancre de salut (1). L'ancien code de comm. espagnol (artt. 455 sqq.) avait des dispositions dans cet esprit, dispositions qui ont passé dans plusieurs lois de l'Amérique espagnole, calquées sur le modèle de l'Espagne. Le nouveau code espagnol (artt. 469 sqq.) me paraît limiter l'obligation aux lettres à vue et à un certain délai de vue, qu'il désigne dans les articles cités, mais c'est une question d'interprétation des textes d'un droit positif (2).

D'après la grande majorité des législations modernes, le porteur peut, en principe, se dispenser de demander l'acceptation. Il peut attendre l'échéance. Mais il y a des exceptions nombreuses.

La plus généralement admise est celle relative à la lettre payable à un certain délai de vue. Il faut alors l'acceptation ou du moins le visa (loi belge, art. 51) du tiré (3), pour que le délai coure régulièrement. Mais il y a bien des nuances. Elles sont connues et ce serait faire injure au lecteur que d'insister. Je rappelle que la loi anglaise spécifie seulement que le porteur doit agir dans un délai raisonnable (sect. 40, 41, 45) alors que les législations du continent européen ont généralement fixé les délais. La loi française (art. 160 du c. d. c. modifié par la loi du 3 Mai 1862) et le code de commerce néerlandais (art. 116) les ont établis, pour les cas qu'ils prévoient, d'après la distance. Il y a quelquefois

---

(1) Thöl, *Protocole* p. 34 sqq. Grünhut, op. cit., II, § 98, p. 196 note 1.

(2) Oliver y Esteller, *Des innovations introduites dans la législ. de la lettre de change par le nouveau code de comm. d'Espagne* (Anvers 1885), p. 7. Exposé des motifs aux Cortes, pp. CV sqq. Conf. Code de comm. péruvien (édit. de 1897 avec notes par M. A. de la Lama) artt. 437 sqq.; Code de comm. argentin, artt. 652 sqq.; Code de comm. mexicain, artt. 484 sqq.

(3) Grünhut, op. cit., § 50.

antinomie entre ces dispositions (1). L'ordonnance allemande (art. 19) a établi un délai uniforme de deux ans, s'il n'y a pas de clause à ce sujet dans la lettre ou dans un endossement.

Il y a d'autres dispositions encore. Ainsi la loi anglaise (sect. 39) mentionne la lettre qui stipule expressément l'obligation de demander l'acceptation, et celle qui est payable dans un endroit autre que la résidence du tiré. La loi américaine a reproduit presque littéralement cette disposition (§ 240). L'ordonnance allemande (art. 24, 2e alinéa) permet au tireur de la *lettre domiciliée* de prescrire la présentation à l'acceptation, et elle attache, au défaut d'observation de cette prescription, une déchéance. En France, une clause qui prescrit le devoir de présentation *dans le plus bref délai* ou *dans un délai de....* est usitée ; Lyon-Caen et Renault enseignent qu'elle n'entraîne pas la déchéance du porteur, mais qu'elle peut lui imposer l'obligation de payer des dommages et intérêts (2). Vivante en parle dans le même sens, en ajoutant que le fait de subordonner l'obligation cambiale à la *condition* de présentation, enlèverait au titre sa qualité de lettre de change (3).

ac. obligation d'accepter.

Je n'en parle ici que pour mémoire. A mon avis, cette obligation, quand elle existe, ne dépend pas du droit de change. J'y reviendrai en traitant des relations collatérales. Je constate seulement que la loi néerlandaise (artt. 113, 114, c. d. c.) s'en occupe, et que la loi belge (art. 8) a imposé une obligation spéciale entre commerçants et pour dettes commerciales. Il a même été dit, à la Chambre des représentants de Belgique,

(1) Conf. Champcommunal, loc. cit., p. 153. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, no. 653.

(2) Op. cit., IV, no. 193.

(3) Op. cit., IV, no. 1157.

que le porteur pourrait se pourvoir devant les tribunaux pour obtenir une déclaration portant que le jugement tiendrait lieu d'acceptation (1). La loi américaine (§ 223) statue qu'une promesse, faite par écrit et sans condition, et ayant pour objet l'acceptation d'une lettre non encore tirée, vaut acceptation en faveur de toute personne qui a acquis la lettre sur la foi de cette promesse (2).

b. *la forme et la formule de l'acceptation.*

ba. forme du titre auquel l'acceptation se rapporte.

Comme pour l'endossement, il y a lieu de distinguer ici entre la forme du titre sur lequel l'acceptation se trouve ou auquel elle se rapporte, et la forme de l'acceptation même. Le titre doit être, par sa forme, une lettre de change ; l'acceptation elle-même a sa forme particulière. Il suffit de montrer la différence. Le lecteur a compris.

bb. acceptation par acte séparé, télégraphique, verbale.

L'exigence que l'acceptation doit se faire sur la lettre de change est à peu près générale. La loi anglaise s'y est ralliée (sect. 17). Mais, dans les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, il n'y a pas même uniformité en ce qui concerne l'exigence d'un écrit. DANIEL (3) parle d'acceptations verbales et même présumées. La loi concordante (§ 220) exige seulement un écrit, et CRAWFORD cite une décision judiciaire (4) qui admet que l'acceptation (d'un chèque) par le télégraphe est

(1) NAMUR. op. cit., I, ad art. Conf. : code de commerce portugais, art. 284.
(2) CRAWFORD, op. cit., ad sect.
(3) Op. cit., I, § 496.
(4) *N. A. Bank v. Garretson*, 51 Fed. Rep. 167.

valable sous l'empire d'une loi d'Etat, qui exige un écrit. La loi américaine (§ 221) permet au porteur d'exiger que l'acceptation soit écrite sur la lettre de change qu'il présente; elle ajoute (§ 222) que l'acceptation faite sur un autre papier ne lie le signataire qu'à l'égard de la personne, à qui l'on a montré ce papier et qui acquiert la lettre en contrevaleur (*for value*) sur la foi de cette exhibition. Je rappelle encore que le code de commerce italien permet de mettre l'acceptation sur une copie (art. 282).

bc. formule de l'acceptation.

Le code de commerce français, dans son art. 122, dit que l'acceptation est exprimée par le mot „accepté". Cela a bien l'air d'une expression sacramentelle, cependant l'interprétation n'est pas aussi stricte; certains auteurs admettent même que la simple signature du tiré pourrait être considérée comme suffisante (1). Le code de commerce espagnol (art. 477) paraît au premier abord exiger les mots sacramentels „acepto" ou „aceptamos", mais cette interprétation, que l'ancien code (art. 456) semblait bien imposer, est rejetée par un jurisconsulte des plus compétents (2). Le code néerlandais (art. 115) exige seulement que l'acceptation soit indiquée clairement sur la lettre; en fait, il y a doute; ce qui semble clair pour l'un, par exemple la signature du tiré, apposée au recto, à l'endroit où l'acceptation se met ordinairement, n'est pas assez clair pour un autre. La loi belge (art. 12) se contente aussi de termes équivalents à l'acceptation, mais elle ajoute que la simple signature du tiré vaut acceptation, et que si

(1) Lyon-Caen et Renault, IV, nº. 29, note 4.

(2) Oliver y Esteller, op. cit., p. 7. Pour l'ancien droit: La Serna et Gargia, cod. de comm. (1878) ad art. 456, note 2. Mémoire aux Cortes sur le nouveau code, p. CVI. Conf. code de comm. mexicain, art. 487.

la signature est précédée d'énonciations, elle vaut encore comme acceptation, à moins que ces énonciations n'expriment clairement la volonté de ne pas accepter.

La loi allemande, qui semble avoir été la source de cette dernière disposition, dit aussi (art. 21) que la simple signature du tiré, apposée au recto, vaut acceptation. Le code suisse reproduit le texte allemand (art. 739) et la loi anglaise se contente aussi de la simple signature (sect. 17). La loi américaine ne le dit pas, mais l'interprétation est en ce sens (1) ; d'ailleurs le § 225 admet même que le fait de détruire la lettre ou d'en refuser la restitution, après l'expiration du délai légal ou conventionnel, vaut acceptation.

bd. acceptation conditionnelle (partielle).

L'acceptation partielle ne forme pas un point saillant de comparaison. Quant à l'acceptation conditionnelle, il y a accord en ce sens que le porteur n'est pas tenu de s'en contenter, mais quant à son effet, il y a des divergences et les législations, qui ne sont pas explicites, donnent lieu à controverse. Ainsi le texte de notre code de commerce (art. 120), qui dit que l'acceptation ne peut pas avoir lieu sous une condition, peut être interprété en deux sens ; on peut dire que l'acceptation conditionnelle ne produit aucun effet, mais on peut soutenir aussi que la loi a simplement voulu dire que le porteur peut exercer son recours comme si l'acceptation avait été refusée, ce qui n'empêche pas que l'accepteur soit lié, si la condition est remplie.

C'est en ce dernier sens que s'expriment l'ordonnance allemande (art. 22), la loi italienne (art. 266 c. d. c.), la loi

---

(1) CRAWFORD, ad § 220.

japonaise (art. 469 c. d. c.) etc. La loi anglaise (sect. 19 et sect. 44) règle les effets produits par une acceptation qualifiée, tant à l'égard de l'accepteur qu'en ce qui concerne le tireur et les endosseurs ; elle a soin de dire que l'acceptation, accompagnée de l'indication d'un lieu particulier pour le paiement, n'est pas conditionnelle, à moins qu'il ne soit déclaré expressément que l'accepteur ne paiera pas dans un autre lieu.

Les lois scandinaves (§ 22) refusent tout effet à une restriction autre qu'une limite de la somme.

be. indication d'un lieu ou d'une date.

L'indication d'un lieu de paiement peut être nécessaire dans l'acceptation d'une lettre domiciliée. J'entends pas là, pour ne pas embrouiller les fils, une lettre dans laquelle *le tireur* a indiqué un lieu (agglomération municipale, commune, ville) de paiement autre que celui où se trouve le domicile du tiré. Il y a quelque divergence dans les lois quant aux conséquences attachées au silence du tiré-accepteur. Notre loi permet de faire, au besoin, le protêt au bureau de poste, ou, s'il n'y en a pas, à l'administration communale (art. 117 j° 180 c. d. c.), l'ordonnance allemande (art. 24). suivie par plusieurs lois, déclare que l'accepteur s'engage à payer lui-même dans le lieu indiqué par le tireur.

Lorsque la lettre est payable à un certain délai de vue, il faut que la date de la présentation soit constatée. Notre loi commerciale (art. 115) exige, dans ce cas, que l'acceptation soit datée ; à défaut d'indication, elle fait courir le délai à partir de la date d'émission, disposition que je n'ai pas à discuter ici. L'ordonnance allemande permet de faire un protêt spécial (artt. 19, 20), qui fera courir le délai ; s'il n'y a pas eu de

protêt, le délai courra à partir du dernier jour du délai de présentation. La loi belge (art. 22) permet de constater, par un exploit d'huissier, le refus d'apposer sur la lettre un *visa daté*, à défaut d'acceptation, et elle met les frais de cet acte à la charge du tiré, s'ils ont été occasionnés par son refus.

c. *effets de l'acceptation.*

Ce qui frappe tout d'abord c'est l'accord des législations, en ce qui concerne l'obligation, que l'acceptation entraîne, de payer le montant de la lettre de change *au porteur*. L'évolution du droit de change commun a dégagé l'acceptation des conséquences de la théorie du mandat. Le texte de l'art. 140 de notre code de commerce indique cette évolution. La loi porte que l'accepteur est mandataire du tireur, puis, au lieu de dire que l'acceptation de ce mandat l'oblige envers le tireur, ce qui serait logique, elle ajoute qu'il est obligé.... envers le porteur (1). Même les lois ont gardé quelque chose de l'ancien adage „quod scripsi, scripsi" en tant qu'elles attachent éventuellement une multiplication de l'obligation au fait de mettre l'acceptation sur plusieurs exemplaires d'une même lettre de change, ou de payer sur un exemplaire non accepté sans retirer l'exemplaire accepté.

Il y a cependant des nuances.

Quelques-unes de ces nuances seront examinées plus tard. Ainsi le code de commerce français (art. 117) a cru devoir dire que l'acceptation suppose la provision, disposition assez peu claire, que notre loi et la loi belge n'ont pas reproduite, bien qu'elles parlent de la provision, et que, tout naturellement,

---

(1) Conf. art. 121 c. d. c. français. LYON-CAEN et RENAULT, IV, n-s. 130, 130*bis*.

on ne trouve pas dans les lois, qui ont laissé la provision de côté. Je m'occuperai de la provision, en parlant des relations que j'appelle collatérales. D'un autre côté, l'ordonnance allemande (art. 23) suivie, entre autres, par la loi suisse (art. 742) et le code de commerce italien (art. 268), a cru devoir dire que l'accepteur s'oblige aussi selon le droit de change (cambiariamente, dit le texte italien) envers le tireur (1). Je n'ai pas la prétention de dire que ce n'est pas là du droit de change, mais je me permets de traiter la matière en même temps que les questions collatérales. Je réserve aussi la „consideration" du droit anglo-américain.

Il y a une nuance, beaucoup plus sensible dans la pratique, en tant que, dans des circonstances particulières, l'accepteur peut, d'après certaines lois, invoquer le défaut de présentation à l'échéance. C'est ce que dit notre loi (art. 118 c. d. c.) lorsqu'il s'agit d'une lettre de change domiciliée et que le domiciliataire a été déclaré en faillite après l'échéance, sauf cession de la provision, que l'accepteur doit avoir faite. L'ordonnance allemande (art. 43) a généralisé cette disposition, au moins en tant que c'est le tireur qui a domicilié la lettre ; son texte doit être rapproché de l'art. 83, qui laisse subsister l'action du chef d'enrichissement (2). Plusieurs lois ont reproduit la disposition allemande (3). Dans le droit anglais, au contraire, l'accepteur n'est pas libéré, à moins qu'il n'ait

(1) Notre code de comm. (art. 148) dit en principe le contraire. Je reviendrai sur ce point qui est controversé.

(2) Thöl, op. cit., ad § 41, pp. 88, 89. La discussion a été longue. Kuntze (Endemann), op. cit., V, § 38.

(3) Code italien (art. 316), code suisse (art. 764) etc. Pour le droit français : Lyon-Caen et Renault, op. cit., nos. 513, 537, pour le droit belge : Namur, op. cit., I, no. 783. Conf. T. M. C. Asser, *De Scandinavische Wisselwet*, ad § 43 legis.

fait une condition expresse de la présentation de la lettre au lieu indiqué.

d. *droit de biffer l'acceptation.*

Les différences, que les législations présentent à ce sujet, tiennent à des divergences théoriques, auxquelles viennent s'ajouter des influences exercées par l'histoire. D'un côté, on est disposé à voir dans l'acceptation un acte solennel, irrévocable ; d'un autre côté, on se demande quel devoir social envers un autre homme peut bien exister lorsqu'un individu, enfermé dans son cabinet, a fait une promesse que personne n'a entendu ou écrit un mot que personne n'a vu. Dans le premier ordre d'idées, je citerai le texte du code de commerce néerlandais (art. 119 alin. 2), de l'ordonnance allemande (art. 21 in fine), et du code suisse, dont l'art. 740 dit formellement que l'acceptation demeure irrévocable, alors même que la lettre n'aurait pas été rendue. Dans le second ordre d'idées, je nommerai le code italien, dont l'art. 265, en disant que l'acceptation ne peut être révoquée après que la lettre a été rendue, autorise la conclusion qu'elle peut l'être auparavant, et la loi belge (art. 11), qui donne le droit de biffer, dans le délai de vingt-quatre heures, lorsque le tiré n'est pas dessaisi. La loi russe de 1902, art. 95, dit que la lettre, qui porte une acceptation biffée, n'est pas acceptée. Le droit français garde le silence (1). Le droit japonais, dont le silence est plus significatif, est muet aussi.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, IV, n°s. 215, 216.

C. Application du droit.

I. *quant à la présentation à l'acceptation.*

Le droit ou la faculté de présenter la lettre à l'acceptation dépend de l'obligation de garantir l'acceptation, que le tireur et les endosseurs s'imposent, et c'est à la loi qui régit cette garantie qu'il faut recourir pour préciser les droits que le porteur pourra exercer contre chacun des garants. Une interprétation raisonnable de la garantie promise ne conduit pas à un autre résultat.

Si l'application de ce principe ne donne pas lieu à des difficultés particulières, en tant que l'on peut déterminer, par inspection de la lettre, la loi applicable, les différences que les lois présentent, quant à l'effet cambial de la clause „non susceptible d'acceptation" et quant à la lettre payable en foire, peuvent produire certains inconvénients.

Beaucoup moins simple est la question du devoir de présenter certaines lettres à l'acceptation (ou au visa). Nous avons vu combien les lois diffèrent, surtout en ce qui concerne les délais. Faudra-t-il que le porteur tienne compte de toutes les lois des lieux fiduciaires d'émission et d'endossement, ou n'aura-t-il à observer qu'une seule loi, celle du lieu (fiduciaire) d'émission, ou bien celle du lieu où l'acceptation doit être demandée ou le paiement effectué, pour conserver son recours contre tous les garants? La question est de celles que presque tous les auteurs ont traitées. Il paraît bien commode de renvoyer à une loi unique, mais autre chose est de savoir si l'on peut y arriver par une interprétation raisonnable ou s'il faut attendre qu'un accord international se soit produit.

On ne peut pas soutenir que le devoir de présenter la lettre à

l'acceptation dans un certain délai se rattache à la forme ou aux modes d'exécution ; il s'agit bien d'une qualification de la confiance inspirée à un homme sérieux et raisonnable. Le tireur et les endosseurs ont fait dépendre leur obligation de garantie de la diligence du porteur, et lorsque l'on interprète raisonnablement le sens de cette indication, expresse ou tacite, on ne peut pas la détacher du délai. La diligence, ici, consiste précisément à agir dans un délai. Force est de dire que le devoir de présentation et le délai de présentation doivent déterminés, pour le tireur et pour chaque endosseur, d'après la loi du lieu (fiduciaire) d'émission ou d'après celles des lieux (fiduciaires) d'endossement. Je suis heureux de me rencontrer dans cette conclusion avec un homme savant et sensé comme DIENA (1), qui ne se laisse pas entraîner à accepter „l'opinione prevalente".

Je m'incline, au contraire, devant le sentiment général, qui constate les inconvénients de la divergence des lois. Qu'on se représente qu'en Angleterre le tireur peut faire de la présentation à l'acceptation une condition, alors qu'en Italie cette condition, selon l'opinion de VIVANTE au moins, que j'ai citée plus haut, enlèverait au titre sa qualité de lettre de change. Je rappelle encore qu'entre le droit néerlandais et le droit français il y a antinomie sur un point. Les deux lois règlent le cas d'une lettre tirée, à vue ou à un certain délai de vue, de la Néerlande sur la France, et elles imposent au porteur un délai différent. Chaque juge appliquera le droit de son pays, pour résoudre une question que ce droit prévoit expressément. Si la lettre est tirée de l'Angleterre sur un pays du continent européen, il se peut encore que le juge continental ait une certaine peine à déterminer quel délai est raisonnable ; il n'est

(1) Op. cit., III, n°. 226.

pas certain qu'il ait recours à la jurisprudence anglaise, bien que cette dernière ait une force créatrice que la jurisprudence continentale n'a pas généralement.

Ceci posé, je comprends que l'Institut de droit international, dans son projet (thèses III, IV), ait voulu renvoyer universellement à la loi du lieu de l'émission, et je comprends aussi la solution de la loi anglaise, qui renvoie (sect. 72, sous-sect. 3) à la loi du lieu où l'acceptation doit être demandée. Ce sont des tentatives faites dans le but d'arriver à l'application d'une loi unique, pour la lettre de change internationale.

Une difficulté d'ordre secondaire se présente lorsque le tiré, d'après la loi du pays de son domicile, jouit du délai légal de 24 heures ou d'un délai usuel pour se consulter, alors que d'après la loi du lieu où la lettre a été tirée, le tireur répond de l'acceptation immédiate. Je ne voudrais pas me tirer d'affaire en disant que le délai de réflexion appartient aux formes du protêt, et que par suite la loi du lieu où l'acceptation est demandée doit être observée. Le résultat serait raisonnable, mais l'argument ne l'est pas. Mieux vaut dire que si l'on apprécie raisonnablement la confiance inspirée par un signataire, ce signataire garantit bien l'acceptation, mais qu'en devenant porteur d'une lettre acceptable dans un lieu déterminé, le porteur a dû comprendre que le tiré se conformerait, quant au délai de reflexion, aux lois et usages de son pays. C'est pour cela aussi que l'acceptation devra être demandée dans la localité où s'exerce la profession du tiré, plutôt qu'à son domicile, si la loi locale l'exige, et pendant les heures usuelles de bureau. On arriverait aussi à ce résultat en considérant ces mesures comme des modes d'exécution de l'obligation du porteur, mais c'est là fausser un peu l'idée en question.

II. *quant aux formes et aux formules de l'acceptation.*

Rappelons un instant la distinction à faire entre la forme du titre, sur lequel l'acceptation se trouve ou auquel elle se rapporte, et la forme de l'acceptation même. Nous avons dû faire la même distinction pour l'endossement.

Il faut que le titre en question soit une lettre de change pour que la formule de l'acceptation soit l'acceptation d'une lettre de change. Or, la forme du titre dépend, d'après ce qui a été dit, de la loi du lieu fiduciaire d'émission. Les exceptions apportées à cette règle, par certaines lois, quant aux lettres de change acceptées dans le pays, sont connues (1).

Quant aux formes de l'acceptation même et quant à leurs diminutifs, les formules, il y a accord à peu près unanime pour dire qu'elles sont soumises à la loi du lieu où l'acceptation se fait (2). On invoque la règle „locus regit actum", soit que l'on considère l'acceptation comme un acte juridique formel et unilatéral, soit que l'on en fasse une convention, que l'on suppose conclue au lieu où s'appose la signature.

J'enregistre ce résultat comme un hommage universel à la raison naturelle, cependant je constate que la règle en question exige une interprétation raisonnable, qui exclut une application mécanique, et qui est de nature à montrer qu'ici encore la forme doit être la servante de la substance et non sa maîtresse. En vertu du droit commun international, l'accepteur doit être lié par l'acceptation faite dans une certaine forme, parce que son acte, sa manifestation de volonté,

---

(1) Par exemple, la loi anglaise, sect. 72. Conf. Diena, op. cit., III, n°. 227. L'explication que l'honorable auteur donne (note 2, page 120) de la section 18 de la loi anglaise, me paraît sujette à des doutes.

(2) Projet de l'Institut de D. I., thèse I. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 634. Conf. Daniel, op. cit., I, § 896. Massé, op. cit., I, n°. 591.

si l'on veut, a inspiré à un homme sérieux et raisonnable une confiance légitime. Il en résulte que ce n'est pas le lieu où se pose la signature qui est par lui-même décisif, mais le lieu qu'un homme sérieux et raisonnable a dû considérer, par l'inspection de la lettre, comme celui où la signature a été apposée. Ce lieu, s'il n'est pas indiqué dans la lettre, est celui de l'établissement professionnel du tiré, éventuellement celui de son domicile (1). Le tiré ne serait pas fondé à discuter son acceptation, en prétendant qu'il a signé dans un autre pays, où il se trouvait de fait, et sans observer les formes de ce dernier pays. Si le juge d'un pays, dont la loi a consacré formellement l'adage en question, avec force obligatoire, croyait devoir en faire une application mécanique, il violerait une exigence manifeste de la vie active internationale.

Le principe posé s'applique, non-seulement aux formules, mais encore à l'acceptation conditionnelle ou qualifiée — par exemple avec adjonction d'un lieu de paiement distinct par l'accepteur seul — et même au cas où le refus de rendre la lettre est assimilé par la loi à une acceptation.

Je me permets de faire observer encore que lorsqu'il y a lieu d'appliquer, à l'acceptation, les dispositions légales qui étendent la capacité d'une personne en tenant compte du lieu *où elle a signé*, c'est bien le lieu effectif de la signature qui doit être pris en compte. Cela tient à l'interprétation de ces dispositions. D'ailleurs l'incapacité fait échec au principe de confiance ; la protection des incapables est un intérêt social plus puissant que le respect d'une promesse sérieuse.

---

(1) Tribunal de Maestricht, 31 Mars 1864. Mag. d. dr. comm., 1864, p. 173.

III. *quant aux effets de l'acceptation.*

Un certain rapport entre les effets de l'acceptation et le lieu où elle a été donnée est généralement admis. On sent que ce rapport doit exister. Mais il y a une certaine difficulté à le justifier. Tantôt c'est la règle „locus regit actum" que l'on invoque, en l'étendant à la substance, tantôt c'est la „lex loci contractus" ou „actus" que l'on fait intervenir. La „lex loci solutionis" peut servir aussi lorsque le lieu du paiement est celui de l'acceptation (1). A mon avis, la meilleure justification est le principe de confiance, qui permet une interprétation raisonnable, sans qu'on soit obligé de s'attacher d'une façon exagérée au lieu effectif de la signature. L'accepteur inspire au public, considéré comme composé d'hommes sérieux et raisonnables, la confiance que les obligations, déterminées par la loi du lieu fiduciaire d'acceptation, seront remplies, et ce lieu fiduciaire sera normalement celui de l'établissement professionnel ou du domicile du signataire. Je ne fais pas une exception pour la lettre domiciliée ; c'est un point que j'ai examiné en parlant de l'émission.

Une application raisonnable du principe de confiance entraîne la conclusion que l'accepteur s'oblige selon la teneur de la lettre au moment de l'acceptation, telle que cette teneur apparaît à un homme sérieux et raisonnable. De cette manière la rédaction que le tireur a donnée à la lettre, et qu'il est raisonnable d'interpréter par la loi du lieu fiduciaire d'émission, aura une influence notable. Je serais assez disposé à interpréter en ce sens la disposition du projet de l'Institut de droit international (Thèse II) qui dit que „les effets des actes postérieurs à la *création du titre* — y compris l'accep-

(1) Conf. Westlake, op. cit., § 229. Daniel, op. cit., § 896.

tation — *ne peuvent jamais être plus étendus que ceux qui dérivent de l'émission du titre lui-même.*

Quant à la libération de l'accepteur par suite du défaut de présentation de la lettre domiciliée, à l'échéance, l'application du droit n'est pas particulièrement difficile. L'accepteur n'est tenu que sous les conditions de la loi qui régit les effets de son acceptation. Mais la certitude de la règle applicable, obtenue de cette manière, laisse subsister les inconvénients de la différence du droit, inconvénients qui ne disparaîtront que par une codification internationale.

La confiance inspirée par l'accepteur au porteur est indépendante des relations qui peuvent exister entre le tireur et l'accepteur et même entre l'accepteur et un porteur précédent. C'est pour cela que l'obligation de l'accepteur est indépendante de ces relations. En principe, les législations sont d'accord sur cette règle, sinon sur son fondement théorique. Quelquefois elles disent même expressément (1) que l'accepteur ne peut opposer au porteur l'erreur que cet accepteur a commise en ce qui concerne l'existence d'une provision, la solvabilité du tireur ou même l'authenticité de la signature de ce dernier. Je ne fais aucune difficulté d'appliquer à l'acceptation, soumise aux lois d'un pays, les dispositions *spéciales* que cette loi a formulées sur l'erreur, le dol, etc. *en matière d'acceptation.* Mais je ne voudrais pas dire que les textes *généraux* d'une loi sur les effets de l'erreur, du dol et de la violence s'appliquent nécessairement à l'acceptation donnée sous l'empire de cette loi. Je ne voudrais pas même l'affirmer pour une lettre purement locale. Il y a controverse, dans plusieurs droits nationaux, spécialement sur la question de savoir si la pro-

(1) Code de comm. français, art. 121 ; code de comm. néerlandais, art. 119 ; ordonn. allemande, art. 75.

tection de l'accepteur contre une violence, exercée par un tiers, forme une exigence sociale plus puissante que le principe de confiance. Dans ces circonstances, le droit international doit s'abstenir de poser une règle immuable. Le juge décidera selon les circonstances en consultant sa conscience juridique (1).

IV. *quant au droit de biffer l'acceptation.*

Nous avons constaté la contradiction des lois. Le droit applicable peut être déterminé assez facilement par un renvoi à la loi du lieu fiduciaire de l'acceptation. Si l'accepteur a eu la faculté de biffer sa signature ou de la faire disparaître, la lettre n'a pas pu être considérée, par un homme sérieux et raisonnable, comme une lettre acceptée. Mais la contradiction des lois demeure une cause de trouble.

D. **Observations sur l'aval.**

Les complications, que l'aval fait naître, sont grandes, mais leur importance pour la vie active internationale est minime. Le fait qu'une personne autre que le tiré (2) appose sa signature sur une lettre, sans l'endosser, ou déclare, dans un écrit spécial, qu'elle garantit la lettre, ne donne pas à cette lettre un plus grand crédit international. Au contraire. Le plus souvent l'aval se trouvera sur une lettre locale ou s'y rapportera.

Décidé, comme je l'ai dit, à brûler la station de l'aval, je n'entre pas dans une comparaison. Je constate seulement que les législations diffèrent surtout quant au soin qu'elles ont pris de régler l'aval, et cela confirme mon appréciation sur le caractère local de l'institution. Notre loi a quelques articles

(1) Conf. MASSÉ, op. cit., III, n°. 1524.
(2) GRÜNHUT, op. cit., § 100.

(artt. 130—134 c. d. c.); le droit allemand mentionne à peine l'aval (art. 81 de l'ordonn.); le code de commerce italien est assez explicite (artt. 274—276); il en est de même de la loi hongroise (§§ 66—69) et de la loi russe (artt. 57—59 j° 104).

Quant à la lettre internationale, si elle se trouve garantie par un aval, on peut dire que la substance des obligations du donneur d'aval doit être déterminée par la mesure de la confiance qu'il a inspirée, et que la loi du lieu fiduciaire de l'aval doit être, en tout premier lieu, consultée pour établir cette mesure. Le projet de l'Institut de droit international (thèse V) pourrait être interprété en ce sens. Le traité de Montevideo renvoie au droit de la personne dont l'obligation est garantie (1). Je crois qu'il n'y a là qu'une part de vérité. Il faut d'abord déterminer si le donneur d'aval est garant, et quelle est la personne dont l'obligation est garantie. Ces points élucidés au moyen de la loi du lieu (fiduciaire) de l'aval, il s'agit d'appliquer raisonnablement cette loi en précisant la portée de la confiance inspirée; c'est alors seulement qu'il est juste de dire qu'en tant que le donneur d'aval garantit l'obligation d'une personne déterminée, la loi qui régit la substance de l'obligation de cette personne exercera son influence.

---

§ 89. *Le paiement.*

A. **Considérations générales.**

Le paiement met fin aux obligations attachées à la lettre de change. Considéré sous ce rapport, il appartient plutôt à la matière de l'extinction des obligations qu'à celle de leur substance. Mais le paiement ne produit absolument et plei-

(1) Art. 31.

nement son effet que s'il est régulier, et c'est du droit de change que cette régularité dépend. De plus, les lois ont quelquefois attaché un effet libératoire à la régularité extérieure du paiement d'une lettre de change, et cela dans le but de faciliter sa circulation, en dispensant le porteur d'un examen approfondi, souvent impossible pour un titre qui a passé par plusieurs pays. Enfin, pour qu'un refus de paiement donne lieu aux effets particuliers que le droit de change lui a attribués, il faut que ce refus ne soit pas justifié par le fait que le paiement a été demandé irrégulièrement. Il y a donc lieu de s'occuper des éléments d'un paiement régulier.

B. **Points saillants de comparaison.**

a. *le lieu du paiement.*

Le lieu du paiement est indiqué, en général, dans la lettre. D'après certaines lois, l'ordonnance allemande par exemple (art. 4 j° 7), l'indication de ce lieu est un élément essentiel de la lettre. Le droit anglais est moins exigeant (sect. 3 j° sect. 4) ; il supplée au défaut d'indication. La loi belge est dans le même esprit (art. 2).

Je rappelle ici ce qui a été dit au sujet de la lettre de change domiciliée, expression que j'ai prise dans le sens d'une lettre portant une indication faite par le tireur. Une indication faite par l'accepteur seul, alors que le tireur n'a rien dit de spécial, pourrait être considérée comme une acceptation conditionnelle, surtout si le lieu indiqué se trouvait dans une autre ville ou dans un autre pays. La loi russe permet (art. 93 j° art. 7) formellement au tiré d'ajouter à l'acceptation l'indication d'une personne, qui doit payer, ou d'un endroit où le paiement doit avoir lieu, pour autant que ces indications n'ont pas été

faites par le tireur, mais il s'agit là plutôt d'un guichet que d'un domicile (1).

Certaines lois déterminent plus minutieusement le lieu où le paiement doit être demandé. La loi allemande (art. 91) parle du lieu où s'exerce la profession, et n'admet la présentation au domicile que s'il n'y a pas d'établissement professionnel. La loi anglaise est explicite aussi (section 45). Il y a souvent des usages locaux.

b. *l'époque du paiement.*

En général, l'époque de l'échéance doit être déterminée ou déterminable de l'une des manières indiquées par la loi. Il y a sous ce rapport des différences que je suppose connues, par exemple en ce qui concerne les usances. L'ordonnance allemande (art. 4) exprime formellement qu'il ne peut y avoir qu'une seule échéance pour tout le montant de la lettre ; la loi anglaise (sect. 9) dit le contraire. Il peut arriver que l'inobservation des dispositions légales enlève au titre sa qualité de lettre de change. La loi belge est très large sous ce rapport ; elle statue que la lettre qui n'indique pas l'époque du paiement est payable à vue (art. 2).

Les dispositions sur le délai, dans lequel la lettre à vue doit être présentée au paiement, sont le parallèle de celles qui ont trait à la présentation de la lettre à un certain délai de vue. Je les considère comme connues.

Il peut y avoir quelques doutes sur le sens d'une indication d'époque, et plusieurs lois ont donné des *interprétations officielles* de ces indications. Ainsi, notre code de commerce (art. 152) détermine la durée des usances pour toutes les

(1) Zeitschrift f. d. G. H., LIII, p. 497 et p. 534.

lettres *payables dans le royaume*; il renvoie, en ce qui concerne les mois, au calendrier grégorien; il détermine, dans son art. 153, l'échéance d'une lettre payable en foire. L'ordonn. allemande a un article interprétatif très étendu (art. 32); puis elle indique le sens d'une indication de date, qui se trouve dans une lettre tirée d'un pays, où le calendrier julien est en vigueur, sur l'Allemagne (art. 34). La loi russe a aussi des dispositions interprétatives (artt. 37—39, 101).

D'autres dispositions ont plutôt un caractère impératif. Il en est ainsi de celles qui prévoient le cas où l'échéance tombe sur un jour férié, religieux ou même civil. Une opposition assez nette se présente entre les lois qui prennent la veille du jour férié (code de comm. français, art. 134) et celles qui renvoient au lendemain (ordonn. allemande, art. 92). L'indication des heures (loi anglaise, sect. 45; loi hongroise, § 33) a aussi un caractère impératif.

Quant au délai de grâce, je me propose d'en parler en traitant du refus de paiement.

c. *la somme à payer.*

Son indication, indispensable légalement et pratiquement, doit donner au porteur la certitude de son droit. Mais il y a des nuances dans le degré de certitude que la somme doit avoir. Ainsi, l'ordonnance allemande, entre autres, considère comme non écrite la stipulation d'intérêts (art. 7 in fine); la loi anglaise l'admet et règle son effet (sect. 9).

L'indication de la somme en toutes lettres est prescrite par la loi russe (art. 4, j° 87); d'autres lois (l'ordonn. allemande, entre autres, art. 5) permettent d'employer seulement des chiffres. Plusieurs lois ont des dispositions interprétatives pour le cas où il y aurait deux indications différentes. Ainsi

la loi allemande, que je viens de citer, accorde plus de foi aux lettres qu'aux chiffres ; elle ajoute que si la somme est indiquée plusieurs fois en lettres ou plusieurs fois en chiffres d'une manière différente, c'est la somme la plus faible qui compte. Les lois scandinaves tiennent toujours compte de la somme la plus faible (§ 6).

La désignation d'une monnaie, dans laquelle le paiement doit être effectué, est prévue par plusieurs lois (code de comm. français, art. 143 ; code néerlandais, art. 156). L'ordonnance allemande parle, dans son art. 37, d'une stipulation relative à la monnaie. La loi anglaise (sect. 9) permet même de régler seulement la manière dont le cours sera déterminé ; Chalmers dit que les lettres de change renvoient souvent, pour l'indication du cours, au dernier endossement.

Indépendamment des clauses particulières relatives à la monnaie et au cours, les lois ont souvent réglé expressément, pour la lettre de change tirée de l'étranger, en monnaie étrangère, sur le pays, comment le paiement doit se faire. On trouve entre autres, des dispositions de ce genre dans le code de commerce néerlandais (art. 156), l'ordonn. allemande (art. 37) et la loi anglaise (sect. 72). Le code néerlandais (art. 157) a même prévu le cas d'une augmentation ou d'une diminution de la valeur des espèces, par un acte de la puissance publique, pendant que la lettre circule ; il renvoie aux dispositions formulées dans le code civil néerlandais pour le prêt d'argent (artt. 1793, 1794).

Il y a certaines différences dans les lois quant à l'obligation de recevoir un paiement partiel. Notre loi (artt. 168, 169 du code de comm.) a imposé cette obligation, de même que l'ordonnance allemande (art. 38). Le texte du code de commerce français n'est pas absolument décisif (art. 156), mais

je n'ai garde de le discuter (1); il me semble aussi que VIVANTE (2) interprète bien restrictivement l'art. 292 du code de commerce italien, mais je ne discute pas non plus. Dans tous les cas, le code de commerce espagnol (art. 494) n'impose pas au porteur l'obligation de recevoir un paiement partiel; une disposition analogue se trouvait déjà dans le code ancien (art. 504).

d. *la personne qui doit payer.*

C'est encore là un point au sujet duquel la lettre doit donner une certitude suffisante. Je ne mentionne plus la lettre domiciliée que pour mémoire, et je rappelle simplement que dans le droit allemand, la lettre dans laquelle le tireur se désigne lui-même comme tiré n'est une lettre de change que si le paiement doit se faire dans un endroit autre que celui de l'émission (art. 6). La loi anglaise dit expressément que la lettre qui a plusieurs tirés, indiqués alternativement ou par succession n'est pas une lettre de change (sect. 6). La loi uniforme américaine a la même règle (§ 212). CRAWFORD note que le texte de la loi de Wisconsin n'a pas les mots „par succession".

Naturellement, le tiré ne devient débiteur cambial que par l'acceptation, et s'il paie un exemplaire de la lettre sans retirer celui qui porte son acceptation, ou bien s'il accepte plusieurs exemplaires, il court des dangers que la plupart des lois ont soin de lui rappeler. Quant au paiement de la lettre tirée en plusieurs exemplaires, il y a dans les lois certaines différences, dont j'ai fait mention, et qui peuvent avoir pour

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, n°. 305. NOUGUIER, op. cit., n°. 550 sqq.
(2) Op. cit., III, n°. 1263.

effet de rendre dangereux un paiement fait sur une seconde ou une troisième. Ces différences ne sont pas saillantes, mais elles sont d'autant plus dangereuses dans la pratique.

e. *la personne qui peut recevoir.*

La matière est pleine de difficultés. Seulement, il faut dire qu'elles ont souvent leurs racines dans la théorie ; les textes des lois ne sont pas nettement en opposition. Dans ces circonstances, l'interprète du droit international privé peut se contenter de montrer les difficultés. Sans doute par le seul fait de distinguer ce que les défenseurs de certaines théories ne croient pas devoir distinguer, ou bien de distinguer d'une manière autre que les commentateurs des lois nationales, je devrai prendre parti dans le débat, mais je ne peux pas m'engager dans des polémiques. Indirectement, il y aura toujours avantage à montrer comment des théories diverses peuvent conduire à des interprétations différentes d'un même texte.

Je dirai d'abord que la personne qui peut recevoir est avant tout le *véritable créancier cambial,* ou son représentant. J'évite l'expression : „propriétaire de la lettre'' pour ne pas enchevêtrer le droit de créance et le droit réel sur le papier. Par le véritable créancier cambial, j'entends celui à qui le débiteur cambial a inspiré confiance sous certaines conditions et qui remplit ces conditions, c'est-à-dire celui qui est légitimé par la forme de la lettre, comme endossé ou comme porteur, si la lettre est au porteur, et j'ajouterai que pour que son droit soit hors de tout doute, il faut que les mentions que la lettre porte soient véridiques et *qu'il ait acquis la lettre dans l'ordre régulier des transactions de la vie active et de bonne foi.*

Le représentant du véritable créancier peut recevoir, en

vertu de ses pouvoirs. Le porteur peut être mandataire, avec ou sans endossement fiduciaire ou explicite, il peut être héritier, représentant légal, etc. Je ne crois pas qu'il soit opportun d'entrer dans cette voie de traverse, qui m'obligerait à sortir des limites du droit de change.

Les difficultés, auxquelles j'ai fait allusion au début de la subdivision qui nous occupe, dérivent du fait que, dans l'intérêt de la sécurité des transactions de la vie active, les lois ont réglé la situation juridique du créancier cambial apparent, légitimé par la forme extérieure du titre comme endossé ou porteur, mais qui ne remplit pas les autres conditions. L'idée dominante est que celui qui paie ne doit pas faire une enquête longue et difficile, qui l'exposerait à des dangers sérieux, s'il devait prendre une décision à ses risques et périls.

Mais il y a deux manières d'atteindre ce but. On peut assimiler le créancier apparent au véritable créancier ; c'est la première manière. On peut se contenter de dire que le débiteur se libère en payant, par erreur, au créancier apparent ; c'est la seconde manière. Il y a une nuance dans cette seconde manière, si l'on exige que l'erreur soit excusable. Ces deux manières ont quelque chose de commun, c'est la libération de celui qui a payé de bonne foi à un créancier apparent, mais il y a une différence sensible. Si le créancier apparent est assimilé au créancier véritable, il a le droit d'exiger, et le bon ordre social exige que le débiteur soit contraint de payer. Si le débiteur peut seulement se libérer valablement en payant de bonne foi, il n'est pas obligé de payer s'il connaît la vérité, on peut même soutenir qu'il ne peut pas payer dans ce cas. Dans les codes civils, on trouve souvent une disposition qui confirme cette distinction, par exemple l'art. 1240 du code civil français. Quelle que soit l'interprétation que

l'on donne à cet article, il y a là certainement une opposition entre le créancier véritable et le créancier apparent, légitimé par le fait que la loi appelle la „possession", et le débiteur est libéré en payant de bonne foi à ce dernier.

En matière de lettre de change, il y a des textes nombreux, mais souvent ils laissent subsister des doutes, qui viendront embarrasser l'interprète, après qu'il aura reconnu que le texte est applicable. En général et sans se lancer dans une polémique, on peut dire que ce que j'ai appelé la première manière domine dans le droit allemand, et que ce que j'ai appelé la seconde domine dans le droit français.

Ainsi, l'art. 74 de l'ordonnance allemande statue que le possesseur de la lettre, légitimé par une chaîne d'endossements formellement complète, ne peut être dépossédé que s'il a acquis la lettre de mauvaise foi ou en se rendant coupable d'une faute grave. J'emprunte la traduction des expressions au code fédéral suisse (art. 790). Le code de commerce italien (art. 332 visant l'art. 287) a reproduit à peu près littéralement ces expressions Les règles en question sont surtout importantes en cas de vol, de perte ou de faux endossement, et j'y reviendrai en traitant de ces matières, mais elles ont une portée générale. D'un autre côté, l'ordonnance allemande a statué, dans son art. 36, que celui qui paie n'est pas tenu de vérifier l'authenticité des endossements. Le code de commerce italien (art. 287) et le code suisse (art. 755), entre autres, ont le même texte. Je n'ai garde de discuter, mais on peut soutenir, comme on l'a soutenu d'ailleurs, que celui qui doit payer n'a pas le droit de faire une enquête et de refuser éventuellement le paiement (1).

Dans le code de commerce français, l'art. 145, qui forme

---

(1) Grünhut, op. cit., § 107. Vivante, op. cit., III, n°. 1255. Dernburg, op. cit., II², § 249.

l'antithèse de l'art. 144, suppose que le paiement a été fait dans des conditions où il n'aurait pas dû être fait, et statue que celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition (art. 149) est *présumé* valablement libéré. S'il s'agit d'une présomption susceptible d'être toujours renversée par la preuve contraire, celui qui a payé de bonne foi cessera d'être protégé justement au moment où il commencera à avoir besoin de protection. Aussi, en France, une opinion plus favorable s'est formée ; elle admet la preuve contraire, mais en ajoutant que celui qui aura payé sera libéré s'il a pris les précautions d'usage (1). C'est une interprétation très libre. En Belgique, les artt. 144 et 145 du code français ont été reproduits dans la loi nouvelle (artt. 34 et 35) ; NAMUR (2) enseigne que la présomption n'est renversée que par la preuve d'une mauvaise foi ou d'une négligence grave. Dans notre pays, la jurisprudence n'est pas fixée, un de nos meilleurs auteurs, MOLENGRAAFF (3) est disposé à admettre que l'art. 164 du code de commerce, qui reproduit le texte de l'art. 145 du code français, n'est qu'une application du principe, posé dans le code civil (art. 1422), et libérant celui qui paie de bonne foi à une personne en possession de la créance. Dans tous les cas, la bonne foi demeure une condition de la libération, et la connaissance de l'existence d'un défaut la détruit.

La loi anglaise a aussi des textes, mais d'une portée un peu moins générale. La section 7 déclare que lorsque le preneur est une personne fictive ou non existante, la lettre peut être considérée comme payable au porteur. La loi américaine a un texte, qui se rapproche du modèle

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, nos. 294, 297.
(2) Op. cit., I, no. 580.
(3) *Leiddraad*, p. 157, sqq. La question est controversée.

anglais (§ 28) mais avec une rédaction différente (1). La loi anglaise (sect. 59) dit encore qu'un paiement régulier libère le débiteur, en ajoutant que le paiement régulier est celui qui a été fait, de bonne foi et sans connaissance du vice du titre, au porteur, à l'échéance ou après l'échéance, mais cette disposition ne couvre pas le paiement fait à celui qui a acquis la lettre par un endossement faux (sect. 24) (2). Quant à ce dernier point, l'interprétation, que je donne, est confirmée par les dispositions particulières sur les chèques (sectt. 80—81). Le § 148 de la loi américaine correspond à peu près littéralement à la section 59 de la loi anglaise.

Quelques lois ont cru devoir limiter les oppositions, permettant au tiré ou à l'accepteur de se soustraire au paiement. Le code de commerce français (art. 49) n'admet d'opposition qu'en cas de perte de la lettre ou de faillite du porteur. Il y a quelque doute sur la portée de cette disposition (3). Notre législation ne l'a pas reproduite. La loi belge, au contraire, a ajouté un troisième cas (art. 39) : l'incapacité de recevoir du porteur.

Enfin, quelques lois ne se sont pas contentées de statuer que le porteur ne peut être tenu de recevoir le paiement avant l'échéance (art. 146, code de comm. français), elles ont voulu régler comment le débiteur, l'accepteur spécialement, peut se libérer lorsque le porteur ne se présente pas à l'échéance. Ces dispositions spéciales ont pour but d'éviter au débiteur la nécessité de faire des offres réelles à une personne inconnue. L'ordonnance allemande a une disposition expresse (art. 40), reproduite, entre autres, par le code suisse (art. 759).

---

(1) Crawford, op. cit., ad sect., note *b*.
(2) Chalmers, op. cit., ad sect.
(3) Lyon-Caen et Renault, IV, nº. 313 sqq.

Le code français est muet, mais une loi du 6 Thermidor an III a prévu le cas (1). Notre loi a gardé tout à fait le silence (2).

C. Application du droit.

I. *quant aux conditions de la régularité de la présentation au paiement.*

Il y a plusieurs choses à prendre en considération. Ceux qui n'ont fixé leur attention que sur une seule chose sont arrivés à une solution trop étroite.

Ainsi, certainement, les débiteurs, qui se sont engagés à payer ou à garantir le paiement, ont entouré leurs engagements de conditions d'époque, de lieu et de mode. Ne faut-il pas alors se rapporter à la loi qui régit chaque engagement? C'est une première solution étroite.

D'un autre côté, il est difficile d'admettre que le porteur, agissant en homme sérieux et raisonnable, ait compris qu'il aurait à remplir des conditions différentes, contradictoires peut-être, selon les différentes lois qui régissent les engagements de ses divers débiteurs. Ne faut-il pas dire alors que tous les débiteurs ont dû comprendre et faire comprendre que la lettre, à l'échéance, se dirigerait vers le lieu du paiement, et arriver ainsi à soumettre toutes les conditions de la régularité du paiement à la loi de ce lieu? C'est une seconde solution étroite, dont la loi anglaise (sect. 72) se rapproche assez.

D'autres ont distingué. Les conditions générales sous lesquelles un débiteur s'engage, disent-ils, font partie de la substance de son obligation, mais les modes d'exécution d'une

---

(1) Ibid., n°., 309.
(2) Land, op. cit., § 53.

obligation sont régis par la loi du lieu où l'exécution doit avoir lieu (1).

Quant à moi, je reconnais pleinement la part de vérité que renferme la règle qui veut que les modes d'exécution d'une obligation soient soumis à la loi du lieu d'exécution, mais je ne l'accepte pas comme une règle primordiale, et je ne me laisse pas entraîner par la considération qu'elle est admise généralement par les meilleurs auteurs. Si la règle est juste, je veux remonter à son fondement raisonnable. Or, ce fondement me paraît être l'interprétation, que celui qui accepte l'engagement d'autrui a dû raisonnablement donner à la déclaration qui contient cet engagement. Si l'engagement comporte une exécution qui doit avoir lieu dans un lieu déterminé et surtout par une tierce personne, le créancier a dû comprendre que l'exécution aurait lieu d'une certaine manière et même, ce qui nous écarte des modes d'exécution en sens restreint, que l'exécution serait influencée par les lois de ce lieu, dont l'autorité locale doit assurer l'application. C'est là pour moi le fondement raisonnable de la règle qui tient compte de la loi du lieu d'exécution, et c'est en même temps la mesure de l'influence à donner à cette loi. J'ai déjà eu l'occasion d'employer cette mesure pour le contrat de transport ; j'en ai parlé, d'une manière générale, en traitant des obligations du tireur, des endosseurs et de l'accepteur. Ici, au lieu d'examiner à la loupe si telle ou telle condition est une condition matérielle ou un mode d'exécution — ce qui présuppose qu'elle doit être l'un ou l'autre — je me

(1) Esperson, op. cit., n°. 49. Champcommunal, loc. cit., p. 204. Diena, op. cit., III, nos. 233, 234. Cet auteur trouve un point d'appui dans l'art. 10 des disp. prélim. italiennes et dans l'art. 58 du code de comm. italien. Conf., entre autres, Asser, op. cit., I, § 3, II, § 3.

demande ce que les obligés ont dû faire comprendre à un homme sérieux et raisonnable.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quel lieu une lettre de change est payable, c'est à la loi du lieu fiduciaire d'émission qu'il faut avoir recours. Si la lettre a été tirée de Belgique, par exemple, sans indication du lieu de paiement, elle sera payable au domicile du tiré. Mais lorsqu'il s'agit de dire si le paiement doit être demandé dans tel local plutôt que dans tel autre, au comptoir professionnel ou à la maison d'habitation, au bureau de poste ou à l'hôtel de ville, ce sera la loi du lieu de paiement qui sera consultée. Un homme raisonnable a dû comprendre qu'il en serait ainsi.

L'échéance sera déterminée, dans la même mesure, par la loi du lieu fiduciaire d'émission. Je constate qu'il y a des textes en sens contraire, par ex. l'art. 152 du code de commerce néerlandais ou la section 72, sous-section 5, de la loi anglaise. Les juges obéiront naturellement à l'ordre du législateur de leur pays, mais le principe de confiance nous conduit à la loi du lieu fiduciaire d'émission en ce qui concerne la détermination de l'échéance. Quand il s'agit, au contraire, de dire si le jour de l'échéance est un jour férié, le jour de la fête du souverain, chez nous, ou l'anniversaire de la naissance de WASHINGTON, aux Etats-Unis, par exemple, et quel sera l'effet de ce caractère du jour de l'échéance, c'est la loi du lieu de paiement qui sera consultée. Il en sera de même des jours de grâce. Peut-être est-ce à ces jours que le législateur anglais a pensé.

J'ai assez de confiance dans la raison du lecteur pour ne pas entrer dans de plus amples détails. En traitant des conséquences du refus de paiement, je me propose de revenir sur le principe.

II. *quant aux effets de l'acquisition, de bonne foi et sans faute, d'un titre régulier en apparence.*

Les dispositions des lois, qui ont assimilé au véritable créancier celui qui a acquis, de bonne foi et sans faute grave, un titre dont la chaîne d'endossements, régulière en apparence, descend jusqu'à lui, sont fort remarquables. Elles ont établi ainsi, pour la lettre de change et les titres à ordre, qui sont soumis au même droit, une règle dans le genre du célèbre adage : „en fait de meubles la possession vaut titre". On pourrait dire ici : „en fait de papiers à ordre, la possession avec endossement, acquise de bonne foi et sans faute grave, vaut titre". Mais s'il y a là une évolution qui doit se faire, elle n'est pas faite généralement. Il n'y a pas de droit commun international.

Dans ces circonstances, c'est aller trop loin que de vouloir renvoyer ici, par une règle universelle, aux dispositions du droit international privé — mal fixées d'ailleurs — qui régissent les biens meubles (1). Tout ce que l'on peut dire, c'est que lorsque la lettre est purement locale, et qu'un juge étranger n'a pas autre chose à faire que de déterminer quel est l'effet d'un droit acquis dans une sphère locale-étrangère de vie active, ce juge respectera le droit, acquis dans cette sphère. Si la lettre est internationale, la solution des difficultés pourra être différente selon le pays où la question se pose. C'est seulement si le juge parvient à se dégager, dans le litige qui l'occupe, des textes de sa propre loi, qu'il pourra arriver à la conclusion que le droit, acquis conformément à la loi du pays étranger où la lettre a été négociée, doit être respecté même dans le pays où un pareil droit n'aurait pas pu naître

(1) Conf. DIENA, op. cit., I, no. 88, II, nos. 234, 236.

dans les mêmes circonstances. Je me propose de revenir sur ce point en parlant des titres au porteur perdus ou volés, qui donnent lieu à des questions du même genre, mais avec beaucoup plus d'importance pratique.

III. *quant à l'effet libératoire d'un paiement fait à un créancier apparent.*

Ici, la question me paraît susceptible de recevoir une solution universelle par le renvoi à une loi. Le débiteur, qui aura payé, dans les conditions sous lesquelles la loi du lieu de paiement déclare le paiement libératoire, sera libéré. Si la question se pose devant le juge du pays où ce lieu se trouve, la réponse ne peut pas faire de doute. Lorsqu'une lettre de change, tirée des Pays-Bas sur la Suisse, aura été payée en Suisse dans les conditions de l'art. 755 du code fédéral, à un créancier apparent, légitimé conformément à cet article, le juge suisse appliquera cet article. Mais même si la question se posait, dans des conditions identiqes, devant un autre juge, celui de mon pays, par exemple, qui n'a pas de texte bien décisif, la solution devrait être la même. Celui qui a émis la lettre, payable en pays étranger, ou qui l'a endossée, a dû comprendre et faire comprendre que le tiré, ou en général celui qui doit payer la lettre, payerait conformément aux lois du pays, dont il attend protection contre une demande nouvelle ou contre un recours en responsabilité. Cela rentre dans l'interprétation raisonnable de la confiance inspirée, bien qu'il n'y ait pas ici un mode d'exécution proprement dit. Si celui qui a payé est contraint de payer à un créancier apparent, sans même pouvoir invoquer l'irrégularité qui lui est connue, il y a lieu, à plus forte raison encore, de le déclarer universellement libéré, dans les conditions de la loi qui lui impose l'obligation de payer.

3ième SECTION

INCIDENTS QUI VIENNENT TROUBLER LA MARCHE RÉGULIÈRE

§ 90. *Refus d'acceptation*

A. Division de la matière.

Les points saillants, sur lesquels notre examen comparatif va porter, sont : la constatation du refus, le recours, et l'acceptation par intervention.

Je ne parlerai pas ici de l'action du tireur contre le tiré, qui a promis d'accepter mais qui ne le fait pas. Ce point sera traité avec les rapports collatéraux.

Méthodiquement, il y aurait un certain avantage à réunir, sous une même rubrique, l'acceptation par intervention et le paiement par intervention, mais il y a cependant des différences assez grandes entre ces deux matières, pour qu'il soit permis de les séparer, en annexant chaque sorte d'intervention à l'incident auquel elle se rapporte. L'acceptation par intervention est toujours une promesse, alors que le paiement par intervention procure au créancier ce qui lui est dû.

B. Points saillants de comparaison.

a. *constatation du refus.*

Beaucoup de lois, qu'il est inutile de citer, exigent que le refus d'accepter soit constaté par un protêt, acte authentique,

qui entraîne certains frais. D'autres ont voulu simplifier les choses. Aussi la loi belge, par exemple, (ancien art. 66, abrogé par les dispositions de la loi du 10 Juillet 1877, qui forme aujourd'hui le siège de la matière), permet de remplacer le protêt, si le porteur y consent, par une déclaration, qu'elle règle (1).

D'après la loi anglaise, qui, comme on sait, n'exige pas le protêt pour les lettres intérieures ou locales, dans le sens de sa section 4, la notification du refus doit avoir lieu de la manière prescrite par la loi (sect. 49), mais la loi a soin de dire que l'absence de notification du refus d'accepter ne porte aucun préjudice à celui qui a acquis la lettre régulièrement, après l'omission de cette formalité. La loi américaine n'exige aussi le protêt que pour les lettres étrangères (§ 189), mais les divers Etats de l'Union se considèrent les uns les autres, sous ce rapport, comme des Etats étrangers. Les §§ 160 et suiv. de la loi américaine règlent longuement la notification du refus. Le § 188 reproduit le principe de la section 48 (s.-sect. 1) de la loi anglaise, mais Crawford (ad § 188) rapporte que la loi de l'Etat de Wisconsin a ajouté à cette disposition une clause qui ne permet pas de faire revivre l'obligation de ceux qui ont été déchargés par l'omission.

Notre code de commerce exige la notification du protêt faute d'acceptation (artt. 184—185), mais seulement à peine de dommages et intérêts. Le code de commerce français parle aussi de la notification dans son art. 120.

Quant aux formalités du protêt et de sa notification, je crois pouvoir m'abstenir de les comparer en détail.

---

(1) Pour les effets à encaisser par la poste, conf. loi du 30 Mai 1879, art. 36, et arrêté royal du 12 Octobre 1879, art. 73. Cod. de comm. italien, art. 307.

b. *le recours.*

La question principale, que le refus de l'acceptation soulève, est celle de savoir si le porteur, qui voit la lettre „déshonorée" entre ses mains, comme le dit le droit anglo-américain, doit se contenter d'un cautionnement ou s'il a le droit d'exiger le remboursement immédiat.

L'ordonnance allemande oblige les garants à donner caution (art. 25); elle leur permet de déposer la somme (1). Le code suisse est dans le même esprit (art. 744) ainsi que le code de commerce japonais (art. 447).

Le droit anglais donne au porteur le droit de demander le remboursement immédiat (sect. 55). La loi américaine a admis la même règle (§ 248), et le nouveau droit russe (art. 100 de la loi) s'est rallié à ce système (2).

D'autres lois ont donné aux garants la faculté de rembourser au lieu de donner caution. Le code de commerce français (art. 120), suivi entre autres par le code néerlandais (art. 177), dit que les garants sont tenus de donner caution ou d'en effectuer le remboursement avec les frais de protêt et de rechange.

Le code de commerce espagnol a prévu trois mesures (art. 481); le porteur peut exiger, dit-il, que les garants donnent caution *à sa satisfaction* ou déposent la somme, ou qu'ils le remboursent de la manière déterminée par la loi. Je suis la ponctuation de l'article (3).

Je n'insiste pas sur les particularités du cautionnement et je

---

(1) Pour le droit italien, conf. VIVANTE, op. cit., n⁰. 1197, note 198.

(2) Règles de Brème, n⁰. XIII, Conf. MEYER, op. cit., ad regulam.

(3) Conf.: Code de comm. argentin, art. 651. — Codes scandinaves, §§ 25 et 29, que l'on peut expliquer par l'ancienne loi suédoise du 23 Août 1851, §§ 28 et 33.

laisse dans l'ombre la question de l'escompte, dont parlent entre autres, les lois scandinaves, le code espagnol et la loi russe (1).

c. *acceptation par intervention.*

Nous avons affaire ici à une institution juridique, coutumière d'origine, au sujet de laquelle les lois, quand on les regarde de haut, sont plus ou moins d'accord. Il y a néanmoins des nuances assez sensibles.

Je n'insiste pas ici sur la forme. Ainsi, le code de commerce français n'exprime pas que l'acceptation doit avoir lieu sur la lettre ; notre code (art. 126) et la loi belge (art. 17) l'ont dit ; la loi belge renvoie aux dispositions qu'elle a formulées pour l'acceptation du tiré.

La différence la plus saillante est celle qui résulte du fait qu'une personne peut avoir été désignée pour accepter (ou payer) *au besoin*, ce qui peut entraîner pour le porteur l'obligation de se contenter de la signature d'un tiers. L'opposition est sensible quand on compare le droit néerlandais au droit allemand.

Notre loi ne permet pas au porteur de refuser une acceptation par intervention. Elle a même cru devoir régler l'ordre de préférence, en disant, à propos de l'acceptation par intervention, ce que le code français dit du paiement par intervention (2), mais le porteur, à moins que ce ne soit lui-même (art. 125) qui accepte par intervention, ne perd pas son droit de recours (art. 128). D'après le droit allemand, le porteur n'est pas tenu d'admettre l'intervention d'une personne qui n'est pas désignée comme devant accepter ou payer au besoin, mais il est obligé de se contenter de l'acceptation

---

(1) Conf. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 231. Namur, op. cit., I, n°. 476.

(2) Land, op. cit., § 31.

d'une personne désignée de cette manière ; il doit même la provoquer (art. 56) lorsque la personne est domiciliée dans le lieu du paiement ; l'intervention qu'il a admise, volontairement ou forcément, lui fait perdre le droit de recours. En Angleterre (sect. 65 de la loi) l'acceptation par intervention n'est admise que du consentement du porteur. Il en est de même de la loi russe (art. 106), sauf lorsque le tiré se déclare prêt à accepter ainsi pour la totalité de la somme. L'admission de l'intervention exclut, dans ces deux dernières lois, le recours.

Notre loi déclare l'accepteur par intervention lié comme un accepteur ordinaire, sauf la condition d'un protêt régulier contre le tiré originaire (art. 147) ; elle ne fait pas, en propres termes, une différence entre les personnes en l'honneur desquelles le tiers est intervenu (1) ; l'ordonn. allemande exprime cette différence (art. 60) en disant que l'accepteur par intervention est lié envers les successeurs de la personne, pour l'honneur de laquelle il est intervenu. Cette dernière et ses prédécesseurs peuvent exercer le recours (art. 61). Je n'entre pas dans une discussion des textes.

Le droit allemand, comme notre loi, fait dépendre l'obligation de l'accepteur par intervention d'un protêt régulier contre le tiré originaire. L'ordonnance allemande règle même strictement le délai de la présentation à l'accepteur par intervention (art. 60). La loi anglaise distingue, sous ce dernier rapport, selon le lieu où l'accepteur par intervention est domicilié (sect. 67).

C. Application du droit.

I. *quant au devoir de constater le refus et à la manière de le constater.*

Cette question, ces questions si l'on veut, ont été examinées

(1) Land, op. cit., § 31.

surtout à l'occasion du refus de paiement, et les moratoires français de 1870—1871 n'ont pas été sans influence sur la vivacité des débats. Je les examine ici tout d'abord. La matière est la même, mais le milieu est plus calme.

C'est ainsi qu'on s'est demandé d'abord si le devoir de constater solennellement le refus, par un protêt, n'est pas plutôt une *condition substantielle de l'obligation des garants*, soumise par suite, pour chaque garant à la loi qui régit son obligation, qu'une *simple solennité de forme*, soumise à la règle „locus regit actum" ou au principe des modes d'exécution. Ce n'est qu'après que cette première question a été résolue, qu'on veut s'occuper des formes instrumentaires du protêt, pour les soumettre à la loi du lieu où l'acte se fait (1).

Quant à moi, malgré tout le respect que je dois à l'opinion d'autrui, j'ose dire que cette manière de poser les questions n'est pas la bonne. Il est de droit commun international que l'obligation des garants dépend de la diligence du tiré, mais, quand même on voudrait parler d'une condition substantielle, ce caractère ne dispense pas le jurisconsulte de donner à cette condition une interprétation raisonnable, d'après le principe de confiance. Les garants ont-ils donné à entendre à un homme sérieux et raisonnable que leur obligation dépendrait d'une solennité, ou seulement qu'elle dépendrait de sa diligence à faire ce que prescrit la loi du lieu vers lequel la lettre se dirige, conformément à sa teneur, pour la demande de l'acceptation ? Je n'hésite pas à dire que la seconde supposition est

---

(1) Conf. von Bar, op. cit., II, n°. 306, particulièrement la note 36. Von Salpius, *Ueber die Anwendung ausländischen Rechts auf den Wechselregress*, Zeitschrift f. d. G. H., XIX, (IV) 1873, p. 1 sqq. Chrétien, op. cit., n°s. 51 et 69. Norsa, dans le Rapport présenté à l'Institut de droit international (1885) thèses IV et V. Meili, op. cit., § 192. Tribunal d'Amsterdam, 26 Mars 1875; Mag. de dr. comm. 1875, p. 209.

la seule raisonnable, et, à mon avis, cette conclusion domine tout, tant la condition de solennité que celle des formes instrumentaires ou des modes spéciaux d'exécution. La loi du lieu où l'acceptation doit être demandée, conformément au titre, déterminera, par suite, si un protêt officiel est nécessaire ou s'il peut être remplacé par une autre formalité ; elle régira aussi la qualité du fonctionnaire et les formes de l'acte. Pour arriver à cette conclusion je n'ai besoin que du principe de confiance, raisonnablement interprété, et je puis me dispenser d'invoquer la règle „locus regit actum" ou le principe des modes d'exécution.

La divergence des opinions, quant au fondement raisonnable de la règle à suivre, fait sentir ses effets dans une question très délicate, celle de savoir conformément à quelle loi doit se faire la notification du refus. Cette question est importante surtout dans les pays où, comme l'Angleterre et les Etats-Unis, la notification est une condition du recours. Pour résoudre cette question, il faut remonter au fondement raisonnable de la règle. La littérature spéciale est riche, et je n'aurai pas besoin de m'enrichir à ses dépens.

Qu'est-ce donc que ce devoir de notifier en temps utile ? Est-ce une forme ? Je ne le crois pas. Alors la règle „locus regit actum" ne peut pas servir du tout. Est-ce le mode d'exécution d'une obligation de constater le refus ? Non, encore. Alors le soi-disant principe des modes d'exécution ne peut pas servir non plus. Pour arriver à une solution, il faut examiner si les tireurs et les endosseurs ont fait de la notification une condition de leur obligation de garantie, *et quel sens un homme sérieux et raisonnable a dû donner à cette condition.* Ce sont deux points. Car s'il est vrai que les garants ont fait de la notification une condition de leur obligation de garantie, ce qui me paraît certain, il n'en résulte

pas nécessairement que la notification doive avoir lieu, pour chaque garant, conformément à la loi qui régit son obligation. Il faut encore interpréter raisonnablement ce que les garants ont fait comprendre au porteur. Lui ont-ils fait comprendre que la notification ne devrait avoir lieu que si la loi du lieu d'acceptation l'ordonnait et de la manière prescrite par cette loi, ou bien ont-ils fait comprendre au porteur: „nous faisons une condition de la notification faite conformément à la loi qui régit notre obligation"? Ici, je pense que la seconde interprétation est la seule raisonnable. Il ne s'agit pas ici d'une diligence à exercer par le porteur dans l'exercice de ses droits, mais d'un avis qui doit permettre aux garants de prendre leurs mesures et de sauvegarder leurs intérêts. Je dis cela sans critiquer aucunement les lois qui ont fait de l'avis une condition du recours. Mais j'ajoute *qu'étant donné l'état des législations*, dont les unes ont fait de la notification une condition du recours, alors que les autres ne l'ont pas fait, il y a un grand *inconvénient pratique* dans la diversité que l'application du principe logique produit quant au tireur et aux endosseurs.

Le vrai remède serait l'unification du droit. Un demi-remède consisterait dans une formule, à établir par un accord international, comme le propose l'Institut de droit international (thèse V) et qui renverrait, pour tous les garants, à la loi du lieu d'où la notification doit être expédiée. Ce serait une unification partielle, donnant la certitude de la règle applicable.

Cela étant, il est aisé de comprendre les dispositions du droit anglais (sect. 72, sous-sect. 3 de la loi), et de se rendre compte, tout à la fois, du fondement des décisions judiciaires américaines et du sens pratique, qui pousse DANIEL à désapprouver ces décisions.

La loi anglaise, dont WESTLAKE (1) critique le texte avec la haute autorité qui lui appartient, renvoie, en principe, à la loi du lieu où l'acceptation doit être demandée.

DANIEL (2) constate que la jurisprudence américaine, au contraire, s'attache à la loi du lieu de l'émission ou de l'endossement, mais il préfère de beaucoup le système anglais. En tant qu'il développe ce qu'il appelle les „perplexités" du système américain, je suis d'accord avec lui, mais le devoir de l'interprète du droit international privé est de mettre au jour les inconvénients, qu'un principe raisonnable et logique entraîne dans l'état actuel des législations, et non pas de les masquer en se mettant à la place d'un législateur international.

WESTLAKE, cependant, après avoir donné et commenté le texte de la section 72 de la loi anglaise, déclare que la loi du lieu d'émission ou celle du lieu d'endossement sont applicables, lorsqu'il s'agit de la notification qu'un endossé, *autre que le dernier porteur*, doit donner à ses garants (3). Il croit pouvoir interpréter le texte en ce sens, conformément à la décision *Horne* v. *Rouquette* (4).

II. *quant au recours.*

Le porteur et les endosseurs, exerçant leurs recours, auront droit à une caution ou au remboursement, si ce droit est corrélatif à l'engagement de ceux contre lesquels ils agissent.

---

(1) Op. cit., § 231. Conf. FOOTE, op. cit, (3e édit.) p. 435, qui s'appuie sur la décision *Rothschild* v. *Currie*, I, Q. B., 43.

(2) Op. cit, § 910. *Aymar* v. *Sheldon*, 12 Wend. 444, et les motifs du juge cités dans la note 68.

(3) Op. cit., § 232.

(4) 1878, 3, Q. B. D., 340.

Ce droit variera selon la loi qui se trouvera régir les engagements individuels.

C'est la conséquence logique du principe de confiance, mais ce n'en est pas moins un inconvénient, *dans l'état actuel des législations.* L'uniformité du droit s'impose, mais je ne voudrais pas dire qu'il soit désirable d'obtenir à tout prix l'uniformité dans la détermination de la loi applicable, en renvoyant universellement à la loi du lieu d'émission ou à celle du lieu de paiement, ou encore en statuant que les effets des actes postérieurs à la création du titre ne peuvent jamais être plus étendus que ceux qui dérivent de cette création. Le demi-remède, ainsi obtenu, ne permettrait pas toujours au porteur de compter sur la pleine exécution de l'engagement d'un endosseur, alors que c'est sur la confiance que cet endosseur lui a inspirée qu'il a acquis la lettre. Il ne serait pas bien difficile de s'entendre ici sur un droit uniforme, épuisant la matière.

III. *quant à l'acceptation par intervention.*

Pour ce qui est de la forme extérieure, il n'y a rien de particulier à dire, après ce qui a été dit. Le plus souvent le lieu où l'acceptation se fait sera nettement indiqué, de manière à localiser la mesure de la confiance inspirée.

La capacité n'exige pas non plus une nouvelle discussion.

Le devoir du porteur de demander l'acceptation par intervention d'une personne indiquée au besoin, son obligation de se contenter de cette intervention, et l'influence d'une admission volontaire ou forcée de l'intervention offerte, seront déterminés, pour chaque garant, par la loi qui régit leur engagement. Il est encore aisé de saisir les inconvénients de cette conclusion logique. Le porteur peut être singulièrement

embarrassé par des devoirs contradictoires ou contraint de sacrifier une partie de ses droits. L'uniformité du droit est plus que désirable, mais le renvoi à une loi unique pour tous les garants est moins qu'un demi-remède.

Les conditions des obligations de l'accepteur par intervention et la substance de ces obligations seront déterminées par la mesure de la confiance que son fait a inspirée à un homme sérieux et raisonnable, et cette mesure sera indiquée par la loi du lieu (fiduciaire) où il a apposé sa signature (1). Le lieu fiduciaire se confondra presque toujours ici avec le lieu effectif. L'accepteur sera libéré si les conditions, sous lesquelles il s'est engagé, ne sont pas remplies, et ces conditions devront, comme toujours, être interprétées raisonnablement et selon la teneur de la lettre. Il serait assez dangereux de dire, dans un acte de codification internationale, que les obligations de l'accepteur par intervention ne peuvent jamais être plus étendues que celles qui dérivent de l'émission du titre. L'unification du droit pourrait être obtenue sans sacrifier les principes fondamentaux des systèmes législatifs.

---

§ 91. *Insuffisance de la solvabilité des débiteurs*

A. **Points saillants de comparaison.**

J'emprunte le titre de ce §, avec une légère modification, au code fédéral suisse.

Entre l'émission et l'échéance, et même entre l'acceptation et l'échéance, des faits peuvent se produire, qui rendent le paiement de la lettre extrêmement invraisemblable, ou qui

---

(1) Traité de Montevideo, art. 32.

diminuent les garanties sur lesquelles l'acquéreur a compté légitimement. Plusieurs législations se sont occupées d'un certain nombre de ces faits.

Le droit allemand et le droit anglais forment ici une opposition, qui donne tout de suite à la question un caractère pratique.

L'ordonnance allemande a prévu, dans son article 29, deux cas d'insuffisance, qui en forment en réalité quatre. La complication dérive du fait que lorsque l'article a été rédigé, il n'y avait pas unité du droit de faillite et de procédure civile en Allemagne. Sans énumérer les cas, que l'on retrouve, sauf le dernier, qui se rapporte à la contrainte par corps, — abolie d'ailleurs en Allemagne — dans le code suisse (art. 748), je dirai qu'il s'agit de la faillite ou de la déconfiture de l'accepteur. Le point important pour nous, c'est que la loi, dans le cas où l'accepteur ne fournit pas de sûreté, et que l'intervention des personnes désignées „au besoin" ne peut pas être obtenue, permet de demander un cautionnement au tireur et aux endosseurs. Je laisse de côté les détails.

La loi anglaise (sect. 51 s.-s. 5) prévoit aussi le cas où l'accepteur tombe en faillite (bankruptcy, dans le sens anglais), devient insolvable ou suspend ses paiements, avant l'échéance; elle dit que dans ce cas le porteur peut faire protester la lettre pour meilleure sécurité contre le tireur et les endosseurs, mais elle n'attache à ce protêt d'autre conséquence, à ce que dit Chalmers (1), que de rendre possible une intervention. Elle ne donne pas le droit d'exiger une caution.

Fidèle à mon système de ne pas pénétrer plus profondément que cela n'est nécessaire dans le droit comparé, je me con-

(1) Op. cit., ad sect.

tente de l'opposition entre le droit allemand et le droit anglais. Il y a d'autres nuances intéressantes. Ainsi le code de commerce néerlandais n'a prévu que la faillite du tiré (art. 155) et celle de l'accepteur (art. 178); le code français (art. 163) parle de la faillite de l'accepteur, mais l'art. 444 du même code, tel que l'a rédigé la loi du 28 Mai 1838, prévoit le cas de la faillite du tireur à défaut d'acceptation ; l'ancien article 448 parlait même des effets de commerce „*par lesquels le failli se trouvera être l'un des obligés*". Mais je ne veux pas entrer maintenant dans le droit de faillite international.

B. Application du droit.

Cette application est relativement facile, d'après les principes que nous avons reconnus pour le refus d'acceptation, mais le résultat est relativement peu satisfaisant. Je dis relativement pour ne pas donner lieu à équivoque.

Sans doute, pour la lettre purement locale, le droit de la sphère de vie active, à laquelle elle appartient, s'applique comme droit unique pour tous les intéressés, mais pour la lettre internationale, y compris la lettre locale originairement, mais qui a circulé à l'étranger en gardant la trace de cette circulation, l'application de principes, justes et logiques en eux-mêmes, donne, par suite des divergences des législations, un résultat peu satisfaisant au point de vue de la vie active internationale.

L'application du droit dépendra de la substance des obligations du tireur et des endosseurs, éventuellement même de celle de l'accepteur, et cette substance, conformément à une interprétation raisonnable du principe de confiance, sera déterminée, pour chaque débiteur de change pris individuellement, par la loi du lieu fiduciaire où la signature de chacun

d'eux a été apposée. Il en résultera que le tireur ne sera obligé de donner caution que si le droit sous lequel il s'est engagé lui impose cette obligation, dans les circonstances données. Il en sera de même des endosseurs et de l'accepteur. Il se pourra ainsi qu'un endosseur soit obligé de donner une caution, alors que le tireur ne l'est pas. C'est ce résultat, constaté déjà plusieurs fois et que je continuerai à constater, que je considère comme peu satisfaisant. L'uniformité du droit est désirable. Une disposition de droit international positif, portant que l'obligation d'un endosseur ne doit jamais être plus étendue que celle du tireur, serait, ici encore, un remède discutable.

---

§ 92. *Refus de paiement.*

A. **Remarque générale.**

Il s'agit ici d'un événement fréquent, prévu par toutes les lois. Les législations ont été comparées soigneusement, et le droit international a été étudié. Dans ces circonstances, je pourrai souvent me contenter d'un renvoi aux auteurs.

B. **Points saillants de comparaison.**

a. *constatation du refus.*

aa. formalités.

La constatation du refus par un protêt officiel est exigée dans un grand nombre de lois, comme il a été dit en ce qui concerne l'acceptation. On sait aussi qu'il y a des lois qui ont simplifié les formalités. Je rappelle encore que le droit anglais, entre autres, distingue entre la lettre intérieure (inland) et la lettre étrangère (foreign); pour la lettre locale,

il n'impose pas l'obligation du protêt ; même pour la lettre étrangère, l'obligation de constater ainsi le refus de paiement n'est absolue que lorsque la lettre n'a pas été protestée pour défaut d'acceptation (sect. 51 s.-sect. 2) ; cependant le protêt peut avoir lieu dans ce cas. La section 93 de la loi anglaise contient une simplification des formalités du protêt (noting).

Quant au temps légal, abstraction faite des divergences des lois sur le mode de calculer l'échéance, il faut noter que le droit anglais (sect. 14, s.-s. 1 de la loi) accorde, en général, trois jours, dits de grâce, sauf pour la lettre de change payable à présentation (on demand). La loi anglaise a dû régler le cas où le dernier jour de grâce est un jour férié ou un jour de vacance de banque, et même celui où ce dernier jour est un dimanche et l'avant-dernier un jour de vacance. Le droit d'un grand nombre d'autres pays n'admet pas de délai de grâce. La loi américaine l'a aboli (§ 145 de la loi de New-York) mais cette clause n'a pas été reçue partout et Crawford (1) mentionne le rétablissement du délai de grâce dans l'Etat de Massachusetts, après l'adoption de la loi uniforme, pour les lettres payables à vue (on sight) dans l'Etat.

D'après le code de commerce français, le protêt doit être fait le lendemain de l'échéance (art. 163) ; l'ordonnance allemande (art. 41) permet de le faire le jour de l'échéance et les deux jours ouvrables qui suivent. Je n'entre pas dans les détails que les lois présentent quant aux jours fériés et quant à leur influence sur le protêt, et je ne mentionne plus que pour mémoire la clause „sans frais".

---

(1) Op. cit. pp. 84, 150.

ab. notification du refus.

Dans le droit anglais et dans le droit américain, comme il a été dit en traitant du refus de l'acceptation, la notification du refus, dont les lois ont réglé minutieusement les formes, est un élément nécessaire du recours à exercer contre le tireur et les endosseurs. Notre législation prescrit la notification du protêt, de la manière déterminée par la loi (artt. 184, 185 c. d. c.), mais sans y attacher d'autre sanction que l'obligation de réparer le dommage causé éventuellement. L'ordonnance allemande (artt. 45—47) a aussi imposé au porteur l'obligation de porter le protêt à la connaissance des intéressés ; elle donne à cette obligation, dont elle détermine le mode d'exécution, la même sanction que la loi néerlandaise, en y ajoutant une espèce de peine pécuniaire, la perte du droit de réclamer les intérêts et les frais. Cette disposition a donné lieu dans le temps, au sein de la commission chargée de rédiger la loi uniforme, à des débats longs et intéressants (1). En France, le législateur s'est aussi préoccupé de la nécessité d'avertir les garants (artt. 165 sqq. c. d. C.); la notification obligatoire se confond, d'après la jurisprudence, avec la nécessité d'agir à bref délai, qui entraîne une déchéance rapide (2).

Voilà donc quatre systèmes différents, basés sur la même idée, la nécessité de faire connaître aux garants un fait, aussi important pour eux que le refus de paiement.

ac. dispense du protêt, etc., en cas d'empêchement de force majeure.

Le législateur néerlandais (art. 202 c. d. c.) admet que le protêt peut être retardé par une force majeure, dans les circon-

(1) Thöl, *Protocolle*, ad §§ 46—48.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nos. 365 sqq.

stances qu'il indique, et la loi anglaise (sectt. 46, 50) énumérant les causes qui excusent un retard ou même une omission de faire la présentation à l'échéance, fait mention de la force majeure.

D'après l'opinion qui domine dans le droit allemand, l'excuse, au contraire, n'est pas admise (1). VIVANTE est du même avis pour le droit italien (2). Le code suisse (art. 813) semble même exclure formellement l'excuse (3). La loi russe (artt. 35, 99) est plus nette encore.

Dans le droit français il y a un certain doute. LYON-CAEN et RENAULT ne rejettent pas absolument l'excuse (4).

Il est inutile de continuer l'énumération (5).

ad. moratoria.

Assez souvent, dans des circonstances particulières, les lois d'un pays ont accordé des délais, soit en permettant de faire le protêt après l'expiration du délai ordinaire, soit en prorogeant les échéances. Il y a peu de questions internationales aussi connues que celle que soulèvent les moratoires. Je me contente de mentionner les lois françaises du 13 Avril 1870, du 10 Mars et du 4 Juillet 1871.

b. *droits du porteur.*

ba. rapport entre ses droits et ses devoirs.

Les devoirs du porteur sont, en général, des conditions pour l'exercice de ses droits. Mais il y a des nuances, qui

(1) GRÜNHUT, II, § 121. Conf. note 12.
(2) Op. cit., n°. 1307. Il y a controverse.
(3) SCHNEIDER-FICK, op. cit., ad art. 813.
(4) Op. cit., IV, n°. 361.
(5) MEYER, op. cit., p. 120.

se rattachent logiquement aux diverses conceptions fondamentales du droit de change.

Il est de principe que les endosseurs sont libérés par la négligence du porteur. Quelques lois (code de comm. français, art. 171 ; loi belge, art. 62) prévoient le cas où ils se trouveraient enrichis aux dépens du porteur.

Quant au tireur, notre code de commerce (art. 108), d'accord avec le code français (artt. 117, 170), ne le libère que s'il a fait provision. La loi néerlandaise oblige le tireur à céder au porteur ses droits sur la provision ; la loi française (art. 170 in fine) permet au porteur d'agir directement contre le tiré (1). D'après l'ordonnance allemande, qui a laissé de côté la provision, le tireur est toujours libéré par la négligence du porteur, sauf le cas où le porteur prouverait que le tireur s'est enrichi injustement à ses dépens (art. 83) ; la loi refuse expressément ce recours contre les endosseurs. Le code fédéral suisse (art. 813) parle d'une action du même genre (2), à intenter, par la voie civile ordinaire, contre le tireur, l'accepteur, le tiré, le tiers au domicile duquel la lettre a été déclarée payable, ou celui pour le compte de qui la lettre a été tirée. Je ne mentionne que pour mémoire le donneur d'aval.

bb. contre qui le porteur peut agir.

Le code de comm. français (artt. 164 sqq.) permet au porteur d'agir individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, ou collectivement contre le tireur et les endosseurs, mais par un système de déchéances, que je considère comme connu, la loi s'est efforcée de ne pas laisser trop longtemps

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, 183, 415.
(2) Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, n°. 1041.

les intéressés dans l'incertitude. La loi belge a conservé ce système avec des modifications légères (artt. 55 sqq.).

Le législateur néerlandais a repoussé le système des déchéances rapides. Il permet au porteur de choisir, dans la série des garants, ceux qu'il veut attaquer, mais il a cru devoir ajouter que le porteur, en passant par-dessus la tête d'un garant, le libère (art. 186 c. d. c.). Le code de comm. espagnol (artt. 516 sqq.) a quelque chose d'analogue ; il va même jusqu'à attacher éventuellement des effets libératoires aux poursuites exercées contre l'accepteur. L'ancien code contenait des dispositions presque identiques (artt. 535 sqq.).

L'ordonnance allemande (art. 49) n'attache aucune déchéance aux poursuites individuelles. Ce système a été suivi par un grand nombre de lois, qu'il est inutile d'énumérer. (1).

bc. ce que le porteur obtiendra.

Le désir d'éviter les débats sur l'étendue des dommages a conduit les législateurs à préciser ce que le porteur peut obtenir, et ce que chaque garant, qui a dédommagé son créancier, peut réclamer à son tour. Le code de comm. français, entre autres, l'a fait à l'occasion de la retraite (artt. 181 sqq.) ; l'ordonnance allemande l'a fait directement (artt. 50, 51), en ajoutant que les droits de celui qui exerce le recours peuvent être plus étendus, lorsqu'il agit sur une place étrangère (art. 52). La loi anglaise a consacré une section (57) à cette matière.

Le but de mon ouvrage me permet de laisser de côté les détails, malgré leur importance relative. Je constaterai seulement que l'ordonnance allemande ne défend pas le

---

(1) Meyer, op. cit., p. 100.

cumul des rechanges, que le code de commerce français, entre autres (artt. 182, 183), a prohibé. Mais je ne parlerai pas des intérêts moratoires (1), de leur calcul, de la commission, du recours par retraite, etc.

bd. modes spéciaux d'exécution.

Bien que la procédure sorte du cadre de ce travail, je veux mentionner en passant quelques modes d'exécution, que certaines législations ont voulu attacher à la lettre de change, dans le but de donner au porteur un moyen rapide et énergique d'arriver à ses fins.

Ainsi notre législateur a encore, outre la saisie conservatoire (art. 302 du code de procéd. civ.), la contrainte par corps (art. 586 du même code). Le code de procédure civile allemand (§§ 592—605) a organisé une procédure spéciale, applicable, entre autres, au cas où une demande se base sur une lettre de change, conformément à l'ordonnance relative à ce titre. En Italie, la loi donne formellement à la lettre de change le caractère d'un titre exécutoire, (art. 323 sqq. c. d. c.) (2).

c. *paiement par intervention.*

ca. devoir de le demander et de l'accepter.

Il ne peut être question d'un devoir de demander ce paiement que lorsqu'une personne a été désignée pour payer au besoin ou lorsqu'il y a une acceptation par intervention. Le code de commerce français impose ce devoir (art. 173) ainsi que notre code (art. 181). L'ordonnance allemande, qui l'impose

---

(1) Von Bar, op. cit., II, nº. 309. Fiore, op. cit., nº. 353. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nº. 651.

(2) Pour le droit suisse, conf. e. a. Meili, op. cit., II, § 183, p. 324.

aussi, a soin de dire (art. 62) qu'il faut que le recommandataire et l'accepteur par intervention soient domiciliés au lieu où la lettre est payable. Je traduis, un peu librement, le texte allemand au moyen du code suisse (art. 780) et je m'abstiens de citer d'autres lois.

L'omission de la demande entraîne des conséquences que la loi allemande développe ; le porteur perdra son recours contre celui qui a apposé l'indication „au besoin", ou en l'honneur de qui l'acceptation „par honneur", a été faite, et contre leurs successeurs. Notre législateur n'a pas précisé la sanction de l'omission ; l'opinion de Land, qui se rapproche de la solution allemande, me paraît préférable à celle de Kist, qui tient le protêt pour irrégulier (1).

L'obligation d'accepter le paiement par intervention est généralement admise aussi. La loi russe a précisé cette obligation (art. 60 j° 110) en disant que celui qui paie doit offrir le paiement de la somme entière, avec les frais du protêt et les intérêts à 6 pCt. depuis le jour de l'échéance.

La sanction du refus est indiquée par la loi allemande, (art. 62 in fine), qui établit une distinction entre le refus du paiement offert par un recommandataire ou un accepteur par intervention, et le refus du paiement offert par un tiers. Le code suisse reproduit cette distinction (art. 781). La loi russe dit que le refus fait perdre au porteur son recours contre les garants, qui auraient été libérés par le paiement par intervention (art. 62, j° 66). La loi anglaise (section 68, s.-s. 7) et la loi américaine (§ 305) ont une formule analogue. Dans les pays, dont la loi est muette, il peut y avoir certains doutes.

Les lois ont réglé, dans un même esprit, le choix à faire

(1) Land, op. cit., § 45. Kist, op. cit., II, p. 200.

entre plusieurs personnes qui se présentent pour payer par intervention.

cb. formalités attachées au paiement par intervention.

Ces formalités ont pour but de constater que le paiement régulier, qui aurait pour effet de libérer tous les garants, a été demandé en vain, et de bien établir que celui qui fait le paiement a entendu intervenir et non pas faire un paiement ordinaire. Tel est le sens de toutes les formes légales. Le code de commerce français (art. 158) veut que l'intervention et le paiement soient constatés dans l'acte de protêt ou à sa suite; il paraît que dans la pratique on constate seulement l'intervention et l'offre de paiement et que l'on établit le paiement par une quittance (1); la loi impose (art. 159) à l'intervenant les devoirs d'un porteur. Notre code l'oblige à une notification spéciale (art. 171), sous peine de dommages et intérêts. L'ordonnance allemande (art. 62) veut que le porteur constate, dans le protêt ou dans une annexe, les suites de la demande qu'il fait aux recommandataires et aux accepteurs par intervention (2). La loi russe (artt. 63 j° 66 et 110) distingue entre le paiement fait par un recommandataire et celui qui est fait par un tiers; quant au premier, elle permet de faire l'acte d'intervention le jour qui suit celui du protêt; quant au second, il faut que l'offre d'intervention ait lieu avant ou pendant le protêt, et en tous cas avant sa rédaction (3). La loi anglaise (sect. 68), suivie presque mot à

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 337.

(2) Grünhut, op. cit., §§ 133, 135. Kreis, *Lehrbuch*, cap. 30, p. 134. Hartmann, op. cit., § 140. Wächter, op. cit., § 87.

(3) *Zeitschrift f. d. G. H.*, loc. cit., ad art. 63, p. 517.

mot par la loi américaine § 301), exige un acte notarié spécial (notarial act for honor).

cc. effets du paiement par intervention.

Les effets du paiement par intervention, régulièrement fait par une personne qui avait le droit de le faire accepter ou à laquelle la loi attribue la préférence, sont réglés par les lois au moyen de formules, qui présentent des nuances sans offrir des points de comparaison bien saillants. Il s'agit toujours d'éviter, à une personne honorable, les désagréments de poursuites exercées par des personnes plus ou moins malveillantes, auxquelles l'intervenant se substitue. C'est là le sens de l'art. 159 du code de commerce français, comme c'est celui de l'art. 63 de l'ordonnance allemande, de la section 68, sous-section 5, de la loi anglaise, etc.. Naturellement, les droits du porteur, auquel l'intervenant est subrogé, et les devoirs dont il est tenu, peuvent varier absolument et relativement.

L'ordonnance allemande (art. 64), suivie encore par la loi suisse (art. 782), a réglé les effets d'un paiement fait par un intervenant, qui a pu constater en examinant la lettre de change ou le protêt, qu'une autre personne, préférable sous ce rapport, était prête à payer. L'art. 65 de l'ordonnance allemande accorde, dans certaines conditions, une commission, qu'elle met à la charge de celui qui paie, à l'accepteur par intervention, lorsque ce dernier ne paie pas parce que le tiré ou un autre intervenant a payé (1). Une disposition analogue se trouve, entre autres, dans les lois scandinaves (§ 65).

---

(1) Grünhut, op. cit., § 134, II, p. 493.

C. Application du droit.

I. *quant au devoir de constater le refus et à la manière de le constater.*

J'ai déjà parlé de cette question en traitant de la constatation du refus de l'acceptation. Ici encore, je ne crois pas utile de disserter sur la question de savoir si la constatation du refus, par un protêt, est une forme ou une condition substantielle. Je pars d'un principe supérieur, le principe de confiance. Le tireur et les endosseurs, pour ne parler que des garants normaux, ont garanti au porteur le paiement sous la condition que ce porteur ne serait pas négligent. La forme sert à constater, dans une mesure raisonnable, que le porteur ne l'a pas été. Elle est ainsi ramenée à sa position importante quoique modeste de servante de la substance, et l'interprétation de ce que les garants ont fait comprendre, à un homme sérieux et raisonnable, ne nous astreint pas strictement à dire s'il est question d'une forme proprement dite ou d'une condition substantielle.

Ainsi, nous nous trouvons tout d'abord en présence de la question de savoir si le porteur doit faire un protêt ou s'il peut se contenter des moyens que la loi locale met à sa disposition, par exemple une déclaration enregistrée, une notification. La question de savoir si un protêt doit être fait n'est pas une question de forme, cette dernière ne vient qu'après que la première a reçu une réponse affirmative. Cependant je suis d'avis que le porteur peut se contenter de constater la présentation et le refus, conformément à la loi du lieu de paiement, parce qu'une interprétation raisonnable de la confiance, inspirée par les garants, emporte la conclusion que les garants ont compris et surtout fait com-

prendre que le porteur agirait conformément à la loi de ce lieu. J'ai l'avantage d'être presque entièrement d'accord sur ce point avec Westlake (1), pour qui j'ai le plus profond respect. Westlake fait appel aussi à la „lex loci actus", mais il ne se contente pas de cet appel. Je rappelle d'ailleurs qu'en Angleterre un protêt est nécessaire pour une lettre internationale, dans le sens de la loi.

En parlant de la notification du refus de l'acceptation, j'ai eu occasion de parler du devoir de notification, et des développements, particulièrement remarquables au point de vue anglo-américain, que Westlake, Foote et Daniel ont donnés à cette matière. Les questions sont les mêmes lorsqu'il s'agit du refus de paiement.

Si la lettre porte la clause „sans frais", on n'est pas non plus en présence d'une question de pure forme, mais une solution raisonnable peut être obtenue en analysant la confiance inspirée par chaque signataire. Dans une lettre internationale, la clause pourra être valable à l'égard de certains obligés et nulle à l'égard d'autres; cela tient aux contradictions des lois.

Le délai dans lequel le protêt doit être fait, délai sur la computation duquel les jours de grâce et les jours fériés auront une grande influence, n'est pas non plus à proprement parler une forme, comme nous l'avons vu en parlant des lettres de change à vue ou à un certain délai de vue. Mais, ici encore, il est raisonnable de dire que les garants ont dû comprendre et faire comprendre que le protêt aurait lieu de la manière déterminée par la loi du lieu de paiement.

En passant de ce qui est assez simple à ce qui devient

---

(1) Op. cit., § 231. Conf. Meili, II, § 192.

plus compliqué, j'aborde la question de l'extension des délais en cas de force majeure, et je l'aborde tout de suite pour la lettre internationale, tirée d'un pays, où l'excuse n'est pas admise, et payable dans un pays où elle l'est, et qui peut avoir été endossée successivement dans des pays, dont les uns ont admis l'excuse et dont les autres l'ont repoussée. Pour ceux qui partent de règles toutes faites, et qui veulent appliquer à la forme la „lex loci actus" et à la substance la „lex loci contractus" il s'agit de dire si l'excuse est une forme ou un élément substantiel. Or, quelque malléable que l'on suppose la forme, il est difficile de dire que l'excuse est une forme, alors qu'elle étend l'obligation de garantie au delà du délai normal. Il faudrait donc conclure que l'excuse sera admissible ou non admissible selon la loi qui régit l'obligation — d'aucuns diraient le contrat — de chaque garant. Ce serait là un résultat peu satisfaisant, mais il faudrait l'admettre, si la base du raisonnement était juste. Mais pour moi, elle ne l'est pas. Je n'accepte pas le joug de la „lex loci contractus". Il s'agit pour moi de savoir si la déclaration des garants a dû inspirer, à un homme sérieux et raisonnable, la confiance que le retard serait excusé, dans les limites posées par la loi du lieu de paiement. Ma réponse, à cette question, est affirmative. Les garants ont fait dépendre leur obligation de l'activité du porteur au lieu de paiement, et si la loi de ce lieu admet la régularité du protêt retardé par les circonstances, le porteur a été aussi actif qu'il lui a été possible de l'être.

Il n'y a qu'un pas maintenant à la question des moratoires, qui a soulevé tant de débats, particulièrement sur le point de savoir s'il s'agit là d'une prorogation des délais du protêt ou d'une extension de l'obligation de garantie. On ferait un livre aisément en compilant tout ce qui a été dit sur cette question.

Pour moi, je me contenterai de renvoyer aux bons auteurs (1), sans même en faire une liste complète, et de dire que je considère cette question comme une question d'interprétation raisonnable de la confiance inspirée. L'éventualité d'un moratoire, survenu après l'émission ou l'endossement, est-elle tellement extraordinaire que des hommes sérieux et raisonnables n'aient pas eu à en tenir compte ? Si la réponse est que l'éventualité a dû avoir été prévue et prise en compte, des deux côtés, et c'est cette réponse que je crois devoir donner, le porteur, qui a dû obéir à la loi du lieu de paiement, a été aussi diligent qu'il lui a été possible de l'être. Je ne me flatte pas d'avoir réduit au silence ceux qui sont d'une autre opinion, mais j'espère avoir montré de quelles considérations la solution de la question dépend. On peut raisonner quand on a une base commune ; on ne peut que ferrailler avec des idées lorsqu'on ne l'a pas. Trouver cette base commune, c'est faire un travail utile.

II. *quant au recours du porteur.*

Le recours du porteur est le côté actif de l'obligation des débiteurs directs et des garants de la lettre de change, et la substance de ce recours sera, par suite, régie par le droit qui gouverne l'obligation de chacun des débiteurs. L'application de ce principe nous met en présence d'un grand nombre de questions

(1) Il y a des autorités dans tous les pays, et la jurisprudence a été citée partout. Conf., entre autres : v. SALPIUS, loc. cit., Zeitschrift f. d. G. H. R., XIX (1873) p. 1, sqq. VON BAR, op. cit., II, 310 ; ASSER, op. cit. III^3, p. 146, sqq. VAN RAALTE, *De schorsing van het wisselprotest in Frankrijk*, enz. Rotterdam 1871. MASSÉ, op. cit. I, 628*bis*. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, nos. 362, 661 sqq., CHAMPCOMMUNAL, loc. cit., p. 205. BARTIN, dans le Journal de *Clunet*, 1897, p. 241, sqq. FOOTE, op. cit., p. 436 (*Rouquette* v. *Overmann* L. R., 10 Q. B., p. 525). DANIEL, op. cit., § 970*a*. ROLIN, op. cit., II, no. 973 sqq. DIENA, op. cit., III, no. 240.

de détail, relatives aux frais, aux intérêts moratoires, au rechange, etc. Je ne veux pas serrer ces questions de trop près ; le lecteur qui m'a suivi me paraît capable de faire à ma place. Ainsi le tireur et les endosseurs seront liés ou libérés sous les conditions posées par la loi qui régit leur engagement. Ils seront liés de la manière déterminée par cette loi. Les mêmes règles s'appliqueront à l'accepteur d'une lettre domiciliée, et à l'accepteur par intervention.

Il en résultera que l'obligation d'un garant inférieur pourra conserver son effet, alors que celle d'un garant supérieur sera éteinte, et que la première pourra être plus étendue que la dernière. Ce sont des inconvénients qu'il faut constater. Un accord international peut les faire disparaître. Quant à la question de savoir si cet accord doit porter sur le fond du droit, ou s'il peut consister simplement en une disposition du genre de celle qui a été proposée par l'Institut de droit international, j'ai déjà dit mon opinion à ce sujet.

La saisie conservatoire, la contrainte par corps et l'exécution parée sont des matières qui sortent du cadre de mon travail. Je les ai mentionnées par acquit de conscience. DIENA examine longuement si une lettre de change étrangère aura en Italie l'effet exécutoire des artt. 323 et suiv. du code de commerce italien ; je me permets de renvoyer le lecteur à cet estimable auteur (1).

III. *quant au paiement par intervention.*

Il est aisé de concevoir que le devoir de demander et celui d'accepter le paiement par intervention dépendent, en ce qui

---

(1) Op. cit., III, n°. 248. CONTUZZI, revue *Böhm*, I, p. 574 sqq., cite plusieurs arrêts basés sur le droit positif italien. Conf. KUNTZE (ENDEMANN), V, § 93. VON BAR, II, § 310. CHAMPCOMMUNAL, loc. cit., p. 294 sqq. MEILI, op. cit., § 196.

concerne chaque garant, de la loi qui régit son obligation de garantie. Lorsque le tireur ou un endosseur ont indiqué un recommandataire, ils ont fait dépendre leur obligation de garantie d'une condition. On a même pu comparer leur position à celle du tireur d'une lettre de change subsidiaire. Il est tout naturel que le non-accomplissement de cette condition ait les effets qui lui sont attribués par la loi qui régit l'obligation de garantie ; les garants n'ont inspiré qu'une confiance limitée. Il y a lieu d'adopter la même solution lorsque le paiement est offert par un non-recommandataire et refusé par le porteur. L'éventualité de cette offre a dû avoir été prévue par le porteur, elle forme une limite tacite de la confiance inspirée.

Quant aux formalités du paiement par intervention, il faut, pour que ce paiement produise les effets d'un paiement par intervention, qu'il soit caractérisé extérieurement comme tel, et lorsque les formes du lieu où la lettre est payable ont été observées, le garant dont l'obligation est maintenue, bien que le porteur ait reçu ce qui lui est dû, doit admettre qu'il y a eu une intervention régulière. C'est là l'interprétation raisonnable de la confiance inspirée par sa déclaration. Je ne crois pas qu'on puisse dire que l'observation des formes imposées, pour un acte analogue, par la loi qui régit l'obligation du garant, soit suffisante ; il faut que celui qui paie sauvegarde aussi les droits que la personne, en l'honneur de laquelle le paiement se fait, peut exercer contre ses prédécesseurs ; pour cela il faut que le paiement soit un acte d'intervention à l'égard de tous les garants.

J'arrive aux effets du paiement par intervention.

C'est raisonner trop mécaniquement que de dire, d'une manière absolue, que le paiement par intervention est ou bien l'exécution d'un mandat, ou bien une gestion d'affaires, et

d'appliquer alors un soi-disant principe général, qui veut que le mandat soit régi par la loi du lieu où il s'exécute et la gestion d'affaires par celle du lieu de la gestion. Le désir d'arriver facilement à une loi applicable, unique pour tous les intéressés, explique cette manière de voir, sans la justifier. Le paiement par intervention n'a d'ailleurs ce caractère de mandat ou de gestion d'affaires qu'à l'égard d'un seul intéressé, alors qu'il produit ses effets à l'égard des prédécesseurs de cet intéressé. La vérité est que tous les garants, en s'obligeant cambialement, ont prévu qu'un paiement par intervention, qui est d'ailleurs une institution du droit commun international, pourrait avoir lieu, et la conservation éventuelle de leur obligation rentre dans la confiance qu'ils ont inspirée. En théorie, on pourrait concevoir une différence entre les obligations des divers garants, selon la loi qui régit chacune de ces obligations, mais dans la pratique ces différences ne se feront pas sentir ; les effets du paiement par intervention sont réglés d'une manière à peu près concordante par la plupart des lois, et les questions, que peut faire naître le silence de certaines lois, doivent être résolues par une saine application des principes qui résultent de la nature même de l'institution juridique qui nous occupe.

Certaines difficultés peuvent se produire lorsqu'il est question de déterminer si celui qui paie par intervention a droit à une rémunération du service qu'il a rendu. Ici, on peut argumenter d'un mandat professionnel ou d'une espèce de gestion d'affaires, sans qu'il y ait lieu cependant d'avoir recours à une règle mécanique. S'il y a mandat, le droit a une rémunération doit être considérée comme rentrant dans la confiance inspirée par le mandant, et l'étendue de cette rémunération sera déterminée, soit par les usages internationaux, soit par la loi

du pays où le mandataire exerce sa profession et accomplit l'acte professionnel qui lui est demandé. Et quant au paiement, fait sans mandat, on peut dire que l'éventualité a été prévue par celui qui signe une lettre, et arriver à une conclusion analogue à celle qui a été donnée pour le cas d'un mandat.

Je rappelle ici que la loi allemande accorde, dans certaines conditions, à l'accepteur par intervention, qui ne paie pas parce qu'un autre payeur lui a été préféré, une commission que la loi met à la charge du payeur. La reconnaissance de ce droit ne peut pas faire de difficulté lorsque la lettre est tout à fait localisée en Allemagne ; il y a alors un droit acquis parfait. Si la lettre est payable en Allemagne, et si c'est là qu'elle a été acceptée et payée par deux personnes établies dans le pays, l'obligation de celui qui a payé a aussi une base suffisante. Mais si la lettre est payable dans un pays où cette rémunération légale n'est pas accordée, la rémunération ne pourra pas être admise ; il n'y a, entre l'accepteur par intervention et celui qui paie, aucune relation juridique contractuelle ou analogue à un contrat ; ni la volonté des personnes, ni même leur nationalité, à mon avis, ne peuvent avoir d'influence ; une obligation ne peut être basée ici que sur un état de fait, qui se produit dans la sphère locale de la vie active d'un pays, où le débiteur et le créancier ont tous deux le centre de leurs affaires. Le point, d'ailleurs, n'est pas d'une importance capitale.

---

§ 93. *Perte ou destruction de la lettre de chang*

A. **Observation générale et division de la matière.**

Dans le droit comparé, la matière se prête à de longs développements. Les législations présentent un grand nombre

de différences, et il est assez difficile de formuler un projet de droit uniforme, en état de contenter tout le monde. Lyon-Caen et Renault critiquent assez vivement le droit français et Namur est peu satisfait du droit belge. Je me contenterai de relever quelques points saillants, sans critiquer les lois.

L'émission de la lettre de change en plusieurs exemplaires, qui est une institution du droit commun international, et qui se maintient malgré les dangers qu'elle présente, a surtout pour but de permettre au porteur d'exercer ses droits, en cas de perte d'un exemplaire. La disposition du code de comm. espagnol (art. 473), qui prescrit d'expédier les exemplaires, destinés aux pays d'outremer, par des navires différents, disposition qui est conforme à l'usage suivi chez nous pour les relations entre la mère-patrie et ses colonies, indique bien ce but. Lorsque plusieurs exemplaires ont été émis *régulièrement*, l'emploi d'une seconde, etc. permet au porteur d'agir sans inconvénients trop grands. Naturellement, si l'exemplaire perdu est revêtu de l'acceptation, le porteur se trouvera, à l'égard de l'accepteur, à peu près dans la position du porteur qui a perdu l'unique exemplaire de la lettre. Cette matière des exemplaires, comme celle des copies, qui s'y rattache, présente sans doute des difficultés et donne lieu à des controverses, mais, pour le cas de perte, la comparaison des textes ne présente pas un grand nombre de points bien saillants.

Je considère comme points réellement saillants :

— la reconstitution de la lettre perdue au moyen des signatures du tireur et des endosseurs ;

— le rapport entre le porteur et l'accepteur de la lettre perdue ;

— le rapport entre le porteur et les garants.

C'est surtout en ce qui concerne l'accepteur qu'il y a des divergences assez graves, selon que les lois admettent l'amortisation de la lettre perdue ou ne l'admettent pas.

B. **Points saillants de comparaison.**

a. *reconstitution de la lettre perdue.*

Le code de commerce français (art. 154) permet cette reconstitution, et il indique la voie à suivre pour l'obtenir. L'ordonnance allemande a une disposition analogue (art. 66); elle ne dit pas, comme le code français, que chaque endosseur est tenu de prêter son nom et ses soins au propriétaire de la lettre, elle veut que chaque endossant s'adresse à son prédécesseur. La loi anglaise (sect. 69) permet au porteur de s'adresser directement au tireur, sous l'obligation de lui donner caution. Notre législateur n'a pas reproduit l'art. 154 du code français, et il en résulte une lacune que l'interprétation ne peut pas combler.

b. *rapport entre le porteur et l'accepteur.*

Je veux éviter de donner une longue série de lois (1) et me contenter de mettre en opposition le droit français et le droit allemand.

Le premier permet au porteur, qui justifie de sa propriété, particulièrement au moyen de ses livres (2), d'agir contre l'accepteur en lui donnant caution. Les formalités à suivre sont réglées par les artt. 151 et 152 du code de commerce, et la durée de l'obligation de la caution est limitée par l'art. 155. Je n'entre pas dans les controverses que ce dernier article

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, n⁰. 333. MEYER, op. cit. p. 88.
(2) Conf.: loi belge, art. 42.

soulève, et je rappelle seulement que l'art. 149 permet de faire opposition au paiement de la lettre en cas de perte.

L'ordonnance allemande parle de l'amortisation, en principe, dans son art. 73. Le code de proc. civile (aujourd'hui §§ 1003 sqq.) détermine la compétence et les formes. Ce n'est qu'après que la procédure a été entamée que le paiement sous caution ou la consignation de la somme peuvent être demandés.

d. *rapport entre le porteur et les garants.*

Le code français, dans son art. 153, permet au propriétaire de la lettre égarée de conserver ses droits par un acte de protestation, fait le lendemain de l'échéance, et notifié comme un protêt ordinaire. La loi belge a le même système, avec des différences de détail; le dernier alinéa de son art. 43 résout une controverse, née sous l'empire de l'art. 153 du code français. Notre code n'a pas reproduit ce dernier article; dans son art. 203, il donne au porteur d'une lettre, *perdue après le protêt*, et dont par suite il existe une copie authentique dans l'acte de protêt, un recours contre le tireur, sous l'obligation de prouver son droit et de fournir caution. Il n'est pas question d'un recours contre les endosseurs. Dans le droit allemand, la question de savoir si le porteur, après l'amortisation, peut agir contre tous les garants, est controversée; Dernburg (1) se prononce pour l'affirmative en s'appuyant sur un arrêt récent (1901) de la Cour de l'Empire.

La loi russe (artt. 78—81 j° art. 125), qui a pris pour modèle le code suisse (artt. 791—792) a réglé la manière dont l'intervention judiciaire s'exerce, en cas de perte de la lettre, sans qu'il y ait une amortisation. Elle ne s'explique

(1) Op. cit., II, § 280, 6. Conf. Grunhüt, II, pp. 277, 278, notes 19 et 20. L'arrêt est du 26 Octobre 1901; Entsch. Civ. 49, p. 132.

pas sur les droits que celui qui a perdu la lettre peut faire valoir contre les endosseurs (1).

C. **Application du droit.**

Lorsque la lettre de change est purement locale-nationale ou locale-étrangère, il n'y a aucune difficulté à admettre que le porteur peut se procurer une seconde, en suivant la voie que la loi du pays, où la lettre est localisée, lui ouvre. Si la lettre est internationale, on peut dire que le tireur et les endosseurs seront tenus de participer à la reconstruction de la lettre, conformément à la loi qui détermine l'étendue de leur obligation ; cela rentre dans la confiance inspirée. Si la loi en question ne les oblige pas à participer à cette reconstruction, ils ne pourront pas être forcés à le faire. Cela est un inconvénient. Il est vrai que c'est surtout pour le commerce international que l'usage des exemplaires s'est établi.

Le porteur de la lettre, qui a conservé la possession d'un exemplaire, ou qui a obtenu une reconstruction, pourra exercer contre ceux qui ont rétabli volontairement ou forcément leur signature, les droits attachés à cette signature (2).

Quant à l'accepteur, il me paraît qu'il ne sera tenu de payer que sous les conditions de la loi qui régit son acceptation, conditions qui viennent qualifier la confiance qu'il a inspirée au porteur. C'est l'opinion que von Bar (3) donne sans hésiter et je n'hésite pas plus que lui. Le plus souvent la loi qui régit l'acceptation sera aussi celle du lieu où la lettre est payable, mais quand même cela ne serait pas le cas,

---

(1) *Zeitschrift f. d. G. H.*, 1903, p. 524.

(2) Conf. Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nos. 325 sqq., particulièrement 328.

(3) Op. cit., II, no. 311, note 71.

la loi qui régit l'acceptation me paraît dominante. Je rappelle que, malgré les autorités qui veulent voir dans l'indication d'un domicile une soumission volontaire aux lois du lieu de paiement, je n'ai pas pu arriver à cette conclusion, et que j'ai refusé, avec énergie, d'accepter le joug de la „lex loci solutionis".

L'opinion que je défends a trouvé des adversaires sérieux. Le plus autorisé est DIENA (1), qui invoque entre autres l'opinion de GRUNHÜT (2), de LYON-CAEN et RENAULT (3), et de CHAMPCOMMUNAL (4). J'ai pris connaissance de leurs arguments, mais ils ne m'ont pas convaincu. L'amortisation ne me paraît pas du tout être une modalité du paiement, et quand cela serait, la règle qui déclare la loi du lieu de paiement applicable à ces modalités ne vaut que parce qu'elle est une émanation du principe de confiance. Les textes, que DIENA cite, sont à côté du débat. Quand même ils seraient décisifs, tant pour la compétence que pour le droit applicable, ils ne lieraient que le juge qui les trouve dans sa loi nationale. Le projet de l'Institut de droit international (art. 98) et le projet de loi-type d'Anvers (art. 51), ne peuvent pas non plus servir d'argument ici, ce sont des projets *qui supposent un droit uniforme*, et qui se contentent de désigner un tribunal compétent.

Cependant, dans quelque sens que l'on fasse le renvoi à une loi, le résultat ne sera pas fort satisfaisant, tant que les lois varieront.

En France, l'accepteur devra payer, sur ordonnance du juge, après avoir reçu caution. D'après l'art. 155 du code de

---

(1) Op. cit., n°. 236.
(2) Op. cit., II, § 142 in fine.
(3) Op. cit., IV, n°. 659.
(4) Loc. cit., p. 206.

commerce, l'engagement de cette caution est éteint après trois ans, si pendant ce temps, il n'y a eu ni demandes ni poursuites juridiques, et pourtant on ne peut pas affirmer absolument que l'accepteur soit libéré à l'égard du véritable propriétaire de la lettre, ou qu'il puisse invoquer l'art. 1420 du code civil. La question se complique dans le droit international, lorsque l'accepteur, par suite de l'état défectueux du droit international de procédure, peut être cité en justice dans un pays étranger.

En Allemagne, l'accepteur est sans aucun doute dans une position meilleure, lorsque la lettre est annulée, et que les droits du véritable propriétaire ou de celui qui a acquis la lettre de bonne foi et sans faute (art. 74 de l'ordonnance) sont révoqués. Mais, dans la vie active internationale, ce sont ici les droits de véritable propriétaire qui peuvent être en péril. Le § 1009 du code de procédure civile allemand ne s'oppose pas à une publicité internationale par la voie de la presse, et le § 1014 tient compte de l'échéance, mais il n'en est pas moins vrai qu'une procédure d'ordre intérieur peut révoquer des droits acquis dans la vie active internationale.

Quant aux droits du porteur contre le tireur et les endosseurs de la lettre perdue, il faut dire d'abord que ces droits ne peuvent être exercés que dans la mesure indiquée par la loi sous laquelle chaque garant s'est obligé. On ne peut pas soutenir ici que les garants aient donné à entendre, à un homme sérieux et raisonnable, qu'en cas de perte ils se considéreraient comme obligés dans la mesure indiquée par la loi du lieu de l'acceptation ou du paiement. Puis, il faut tenir compte, particulièrement en ce qui concerne les endosseurs, des textes divergents et des controverses que soulèvent, soit les textes, soit le silence des lois. Enfin, il faut bien que l'endosseur, qui se

trouve obligé de rembourser au porteur le montant d'une lettre perdue — pour ne pas parler des intérêts et des frais — puisse, à son tour, exercer son recours contre ses prédécesseurs. Cela ne sera pas facile s'il n'a pas de titre, ou s'il a dû payer en vertu d'un jugement étranger (relativement au pays où son prédécesseur est domicilié) rendu sur une question controversée.

L'uniformité du droit est ici tout particulièrement désirable.

---

§ 94. *Découverte d'un faux*

A. **Considérations générales.**

La matière est déjà singulièrement compliquée dans les droits nationaux. Il y a toutes sortes de choses à distinguer, sans même parler du droit pénal et des conséquences civiles d'une infraction punissable.

Il y a la supposition d'abord, celle d'un nom ou d'un lieu, par exemple, ou celle d'une valeur fournie, dans les pays où l'indication de cette valeur est exigée.

Puis vient le faux proprement dit, l'imitation de la signature d'une personne, ou bien l'altération matérielle de la lettre, soit dans ses éléments essentiels, la somme à payer par exemple, soit dans un élément secondaire, l'indication d'un „besoin" ou quelque chose d'analogue.

Les effets d'un faux peuvent être considérés sous bien des rapports. Ainsi, on peut se demander si, malgré la fausseté d'une signature, le porteur peut agir contre les obligés dont la signature est véridique. On a même examiné si une personne, dont la signature est fausse, peut être liée par cette signature, lorsqu'elle l'a reconnue pour vraie, ou lorsque,

par ses agissements, elle a fait croire à son authenticité. (1) Le point de vue change déjà lorsque l'on s'attache à la position du tiré, accepteur ou non, qui paie une lettre fausse ou falsifiée. Car il se peut fort bien que le tiré soit libéré, alors qu'il paie de bonne foi à un créancier apparent. On peut aussi partir de la „condictio indebiti", et se demander, comme l'a fait la loi belge (art. 47), si le tiré qui a payé une lettre fausse peut en réclamer le remboursement au porteur de bonne foi. Le point de vue change de nouveau lorsque l'on considère les rapports entre le tireur et le tiré, entre l'accepteur et le domiciliataire, entre le vendeur d'une lettre et son acheteur.

Une étude de droit comparé, en cette matière, est certes fort intéressante. Mais elle ne peut fournir que peu de matériaux pour le droit international privé. Il y a trop peu de textes et trop de controverses. C'est pour cela que je n'essaierai pas de diviser la matière d'une façon méthodique et complète et que je me contenterai de deux points:

— l'acceptation d'une lettre portant la fausse signature du tireur; et

— la transmission de la lettre par un faux endossement.

L'augmentation de la somme à payer, la modification de l'échéance, avant ou après l'acceptation, et d'autres questions analogues, peuvent être rattachées à la matière du premier point, mais il n'est pas nécessaire de tout dire.

B. **Deux points saillants du droit comparé.**

a. *acceptation d'une lettre portant la signature fausse d'un tireur.*

Le législateur français a gardé le silence et donné lieu ainsi à une controverse. Lyon-Caen et Renault sont d'avis que l'ac-

(1) Daniel, op. cit., II, n°. 1351 sqq.

cepteur est lié envers le tiers-porteur de bonne foi ; il y a cependant des opinions divergentes (1). Notre législateur est muet également et son silence a une signification particulière. Il a voulu abandonner la question à la science. Un projet de loi, dont une disposition libérait l'accepteur, a été rejeté jadis par le Parlement. La loi belge a décidé la question contre l'accepteur, au milieu de son art. 47, dont on peut suivre l'esprit dans les considérations de NOUGUIER et de NAMUR (2). Le code de commerce espagnol (art. 482) a aussi déclaré l'accepteur obligé ; l'ancien code disait le contraire (art. 463) (3).

L'ordonnance allemande a un texte formel. Son art. 75 statue que même lorsque la signature du tireur est fausse ou falsifiée, l'acceptation authentique et les endossements authentiques conservent leur force obligatoire. La loi suisse (art. 802) va même encore un peu plus loin (4).

La loi anglaise s'occupe aussi de l'accepteur. La section 24 dit bien que tout ce qui suit une signature fausse est invalidé, mais le commencement de la section renvoie aux autres dispositions de la loi, et la section 54 (s.-s. 2, a.) constate expressément que l'accepteur ne peut opposer au porteur, sérieux et de bonne foi, la fausseté de la signature du tireur. Le § 112 de la loi uniforme américaine est dans le même sens.

b. *transmission de la lettre par un faux endossement.*

Ici le dissentiment est plus prononcé, la loi néerlandaise et la loi allemande forment une opposition bien nette. DIENA,

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit. IV, nº. 201 bis. Conf. NOUGUIER, op. cit., I, nº. 233. BEDARRIDE, *Droit commercial* II, nº. 378.

(2) NAMUR, op. cit., ad. art.

(3) OLIVER Y ESTELLER, loc. cit., pag. 8.

(4) SCHNEIDER-FICK, ad art. 802.

dans ses études que j'ai eu souvent l'occasion de citer, parle aussi du droit néerlandais (1).

Ce dernier droit est antérieur à la loi allemande, antérieur même aux travaux scientifiques qui ont précédé la loi allemande ; notre législateur n'a pas cru devoir admettre une transmission au moyen d'un faux, et il a voulu aussi protéger contre une expropriation celui qui a pris la précaution de faire mettre le titre à son ordre.

Je citerai littéralement les textes que je mets en opposition.

L'art. 137 du code de commerce néerlandais dit :

„*L'endossement faux ne transmet pas la propriété de la lettre „de change, et tous les endossements subséquents sont sans „force, sauf l'action du porteur contre les signataires de ces „endossements. Les endossements, qui précèdent l'endossement „faux, conservent leur force et leur valeur*".

Il résulte de cette disposition que le dernier porteur, antérieur au faux, est le véritable créancier ; cependant le porteur effectif a un recours contre les endosseurs, dont la signature authentique suit le faux. Il y a, en quelque sorte, deux lettres de change sur le même papier, et la question se complique encore lorsqu'il y a un accepteur, qui peut-être a mis sa signature sur la lettre lorsque le faux s'y trouvait déjà. Mais je n'ai pas à entrer dans les difficultés de l'application.

L'art. 76 de l'ordonnance allemande dit :

„*Lorsque la lettre de change porte une acceptation ou un „endossement faux ou falsifiés, tous les endosseurs et le tireur, „lorsque leurs signatures sont authentiques, sont néanmoins „tenus en vertu du droit de change*".

---

(1) Op. cit., III, n°. 220.

On peut rapprocher cette disposition de l'art. 74 qui dit que celui qui a acquis la lettre de change, de bonne foi et sans faute grave, ne peut être dépossédé, et, si l'on veut, de l'art. 36 qui dit que celui qui paie de bonne foi à l'échéance n'est pas tenu de vérifier l'authenticité des endossements.

Le droit anglo-américain n'est pas disposé à raccorder au moyen d'un faux les tronçons d'une chaîne d'endossements. Il n'y a pas ici d'exception générale à la section 24 de la loi anglaise, et les exceptions spéciales confirment la règle. La section 54 dit bien que l'accepteur, placé en face d'un porteur régulier, est déchu du droit de contester l'authencité de la signature du tireur, mais elle ne dit pas la même chose de celle des endosseurs, même lorsque la lettre est à l'ordre du tireur lui-même et porte son endossement; et la section 55 dit seulement que l'endosseur, placé également en face d'un porteur „in due course", est déchu du droit de contester l'authenticité et la régularité de la signature du tireur et des endossements qui précèdent sa propre signature (1).

Dans la loi américaine, les §§ 42, 112, 115 et 116 sont dans le même esprit que la loi anglaise.

C. **Application du droit.**

Il n'y a pas lieu de nous arrêter longtemps au cas où l'accepteur a mis sa signature sur une lettre qui porte la fausse signature du tireur. Si la lettre est purement locale-nationale ou purement locale-étrangère, le droit local sera appliqué, et si la lettre est internationale, on peut arriver à un résultat en partant de l'idée que la confiance inspirée par

(1) Conf. sectt. 60, 80 et 82. Chalmers, op. cit., ad sect. 59. Daniel op. cit., § 538.

la signature de l'accepteur est en rapport direct avec la loi en vigueur au lieu fiduciaire de l'acceptation. Si l'accepteur est lié, il est évident qu'il ne peut pas répéter ce qu'il a payé ; s'il ne l'est pas, il le peut en principe, mais cette dernière règle et les exceptions qu'elle peut comporter n'ont que des rapports indirects avec le droit de change.

Les divergences des lois en ce qui concerne l'endossement faux sont beaucoup plus graves. Il y a là une différence de principe. De plus, après l'endossement faux, il peut y avoir un grand nombre d'endossements authentiques, apposés dans des pays divers, ayant des systèmes divers. Il peut y avoir plusieurs endossements faux, apposés dans des pays dont les lois sont différentes. Il est évident encore que le lieu, qui peut avoir été indiqué dans l'endossement faux, peut être mensonger. Pour la lettre internationale, il y a un véritable labyrinthe.

Diena (1), qui s'occupe de la question en supposant qu'une lettre de change, transmise dans les Pays-Bas par un endossement faux, a été endossée ensuite régulièrement dans un pays comme l'Allemagne, tranche assez facilement le soi-disant conflit des deux lois en faisant régir chaque endossement par la loi du lieu où il a été apposé. La loi hollandaise, dit-il, ne saurait invalider un acte qui se fait dans un autre pays. C'est raisonner un peu vite, à mon avis. La règle qui porte que l'endossement est régi, *quant à tous ses effets*, par la loi du lieu où il se fait, est un de ces principes généraux, dont je refuse d'accepter le joug, et la seconde considération n'est pas décisive ; il ne s'agit pas d'invalider un acte, mais de décider si les débiteurs de change, qui ont déclaré qu'ils paieraient

(1) Op. cit., III, n°. 220, p. 86.

à celui qui se trouverait être l'ordre d'un porteur régulier, sont obligés envers celui qui se trouve être l'ordre d'un faussaire, dont il ignore la qualité.

Il faut analyser, au lieu de trancher. Et le moyen d'analyse est, comme toujours, l'interprétation raisonnable de la confiance inspirée au public par celui qui appose sa signature sur une lettre de change. Cela est vrai de l'effet actif comme de l'effet passif de l'endossement. L'effet actif dépend de la confiance inspirée à l'endossé-acquéreur, l'effet passif dépend de celle qui a été inspirée par l'endosseur-transporteur de la lettre. L'analyse raisonnable est ici particulièrement difficile ; on peut prétendre qu'une personne n'inspire jamais une confiance plus étendue que l'ensemble des obligations que lui impose une seule loi, celle sous l'empire de laquelle elle appose fiduciairement sa signature, mais on peut aussi soutenir, avec plus de raison, que l'interprétation du sens fiduciaire attaché à une signature doit être faite largement et comprendre tout ce qu'un homme raisonnable peut attendre.

Il en résulte des doutes, et il se peut qu'une même question reçoive une solution différente selon le pays où elle se pose.

Supposons maintenant une lettre qui porte la signature authentique du tireur et de quelques endosseurs, puis une signature fausse, puis encore un certain nombre de signatures authentiques qui nous mènent à un porteur régulier, de bonne foi, exempt de toute faute même légère, ayant payé la contrevaleur, et dont l'acquisition est antérieure à l'échéance. J'accumule à dessein les circonstances qui rendent la position du dernier porteur aussi respectable que possible. La lettre peut avoir été acceptée, avant ou après le faux ; dans ce dernier cas, il se peut même que l'acceptation ait été donnée sur la présentation de la lettre par le dernier porteur. Il se

peut que l'un des endossements authentiques, antérieurs ou postérieurs au faux, soit en blanc ; l'endossement faux peut être en blanc aussi. Même — le cas n'est nullement imaginaire — il se peut que la lettre, émise à l'ordre du tireur lui-même et portant sa bonne signature, ait été endossée en blanc, au nom du tireur, par le faussaire ; la lettre porte alors deux fois la signature du tireur, et l'une de ces signatures est fausse. La question de savoir si le porteur est en faute pour n'avoir pas comparé les deux signatures est une question de fait, sa solution peut dépendre du talent du faussaire.

Les questions que soulève cette lettre sont compliquées. Le porteur pourra-t-il exercer les droits d'un porteur régulier contre l'accepteur ? Aura-t-il pour garants le tireur et les endosseurs antérieurs au faux ? Certaines lois répondent affirmativement, d'autres négativement. Nous avons vu qu'il y a un dissentiment de principe. Si la lettre est purement locale-nationale ou locale-étrangère, le juge, même le juge étranger, appliquera le droit local. Mais que dire de la lettre internationale ?

Je me représente fort bien un système qui voudrait déterminer la confiance, inspirée par chaque signature, en tenant compte exclusivement de la loi, sous l'autorité de laquelle chaque débiteur ou garant s'est obligé. Le porteur aura alors contre l'accepteur, contre le tireur et contre chaque endosseur, les droits qui résultent de la délimitation légale de l'obligation de chacun d'eux. Il ne pourra pas poursuivre, par exemple, l'accepteur soumis au droit néerlandais, mais il obtiendra le paiement d'un accepteur qui a son établissement en Allemagne, et ainsi de suite. Si cette interprétation était juste, il ne faudrait pas la rejeter parce qu'elle est peu satisfaisante pour la sécurité

des relations juridiques, il faudrait alors tâcher d'obtenir, par la voie d'une codification internationale, une meilleure solution.

Mais l'interprétation ne me paraît pas juste.

Celui qui signe une lettre de change, surtout une lettre destinée par son contexte même à circuler en pays étranger, doit comprendre quel peut être le sort de cette lettre. L'hypothèse d'un vol suivi d'un faux, n'est pas plus extraordinaire que celle d'un événement fortuit, qui empêche la présentation. Mais surtout, si l'on entend raisonnablement la désignation de la personne, envers laquelle le signataire s'oblige, cette personne, précisément, est celle qui a acquis la lettre de bonne foi et régulièrement, en comptant sur la confiance inspirée par la signature. Cela est vrai indubitablement de la lettre endossée en blanc, mais cela est vrai aussi de la lettre endossée à une personne déterminée ou à son ordre. Or, si la lettre est délivrée dans un pays, où, dans l'intérêt de la sécurité des transactions de la vie active, le porteur régulier et de bonne foi, qui a acquis la lettre endossée en blanc par délivrance, ou la lettre à ordre par une chaîne d'endossements régulière extérieurement, est considéré comme le véritable titulaire des droits attachés à la lettre, celui qui a signé la lettre doit reconnaître que ce porteur est son créancier. Ma conclusion est que le droit acquis, même par l'entremise d'un faux, sur une lettre délivrée régulièrement dans un pays où ce droit doit être respecté en vertu de la loi locale, doit être respecté aussi, dans la vie active internationale, pour la lettre internationale. Ma conclusion est à peu près celle de Diena, et j'en suis heureux, mais j'y arrive par une autre voie, moins simple, mais qui ne me force pas à passer sous le joug d'une règle arbitraire.

J'ai parlé de la lettre de change internationale, en insistant

sur celle qui est destinée, par son contexte, à circuler à l'étranger. Mais je ne voudrais pas adopter un autre principe pour la lettre nationale à l'origine, dans le sens anglais, et qui se trouve endossée ou transmise à l'étranger. Ce n'est pas là un événement extraordinaire, de nature à modifier la confiance inspirée (1).

Naturellement l'interprétation que je défends, comme une interprétation raisonnable, me paraît raisonnable à moi, mais je me rends bien compte de la possibilité d'une divergence d'opinion, quand ce ne serait que parmi les interprètes du droit anglais. Et j'ajoute que le principe adopté a, dans tous le cas, pour résultat que tel ou tel endossement produira son plein effet, alors que d'autres ne le produiront pas. C'est là une mauvaise situation, de nature à intéresser ceux qui cherchent à unifier les lois.

---

§ 95. *Observations sur la prescription et les autres causes d'extinction des obligations de change*

Je veux me contenter d'observations et résister à la tentation d'examiner les diverses causes d'extinction des obligations de change, qui se rattachent au droit des obligations en général, notamment la remise de la dette, la compensation, la confusion, la prescription, etc. Ce sont des questions d'un autre genre que celles que je me suis proposé de traiter.

---

(1) Conf. Westlake, op. cit., § 227 et la décision *Embericos* v. *Anglo Austrian Bank* (1904) 2 K. B. 870, Walton. L'auteur semble songer particulièrement à la transmission du titre (un chèque) comme bien meuble.

Ainsi je rappellerai seulement que notre législateur (art. 199 C. d. comm.) a considéré comme une cause d'extinction des obligations de change la *transaction volontaire,* que le porteur conclut avec un membre du personnel des débiteurs ou garants ; la loi veut que cette transaction libère ceux qui auraient un recours de change à exercer contre ce membre. La transaction volontaire conclue avec un endosseur, par exemple, libère les endosseurs suivants. La loi a même cru devoir dire que la transaction volontaire conclue avec le tireur, qui n'a pas fait provision, libère l'accepteur. Ni le code français, ni la loi allemande n'ont cette cause d'extinction. Après avoir constaté cette divergence, j'ajouterai seulement que le juge néerlandais appliquera la disposition en question lorsqu'il croira devoir faire régir l'obligation d'un membre du personnel de change par le droit néerlandais, et qu'un juge étranger aura tout lieu de l'appliquer dans les mêmes conditions.

Le code de commerce néerlandais avait aussi une disposition particulière en matière de *compensation* (ancien art. 205), disposition qui avait pour but d'empêcher que le débiteur d'une masse faillie ne se procurât à vil prix un titre de compensation en achetant, pendant la période suspecte qui précède la faillite, une lettre de change sur le failli. Aujourd'hui cette disposition, généralisée et développée, a pris place dans la loi des faillites (art. 55 j° 53 et 54), où je compte la laisser en repos, de même que les dispositions de l'art. 449 j° 446 du code de commerce français, des articles correspondants de la loi belge du 18 Avril 1851, du § 55 de la loi allemande sur les faillites, etc. C'est là plutôt du droit de faillite que du droit de change.

L'art. 10 de l'ordonnance allemande et les articles correspondants des lois, qui ont suivi la loi allemande, peuvent être

mis en rapport avec l'institution juridique de la *confusion*, mais je ne veux pas non plus entrer dans cette voie de traverse (1).

Quant à la *prescription*, je me contenterai de faire remarquer les différences, fort grandes et peu justifiées, que les législations présentent en ce qui concerne la prescription spéciale en matière de change. Pour ce qui est du temps requis pour prescrire, on peut dire qu'il y a toujours un élément arbitraire, mais il y a aussi des différences de principe. Les lois ne sont pas même d'accord en ce qui concerne le caractère juridique des délais qu'elles fixent pour l'exercice de l'action de change.

Le temps, qui s'écoule, peut avoir sur un droit, litigieux ou non, une triple influence. Il peut le détruire radicalement, le paralyser ou seulement l'affaiblir. Ce sont des degrés dans l'effet que le temps exerce sur tout ce qui est sujet à destruction. Le temps écoulé détruit un droit, lorsque l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu légalement que pendant un certain temps ; le temps fait alors partie de l'essence du droit, qui n'existe que temporairement. On peut alors parler de *déchéance*, de *terme fatal*. Le temps paralyse un droit lorsque la loi donne au débiteur, après un certain délai, le droit d'opposer, comme moyen de défense, la *prescription*, que les juges ne suppléent pas d'office. Il l'affaiblit enfin, lorsque la loi, après qu'un certain temps s'est écoulé, *présume le paiement*, surtout lorsque cette présomption ne peut être renversée que par un serment. La distinction est importante en bien des points, notamment quant aux questions de savoir

(1) KUNTZE (ENDEMANN), op. cit., V, § 49 ; LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, nº. 137, note 2 ; NAMUR, op. cit., nº. 556. VIVANTE, op. cit., nº. 1149.

si le juge suppléera d'office, s'il y aura suspension, comment se fera l'interruption et quel effet elle aura pour les codébiteurs, etc. Cela dépend un peu de la terminologie. Si l'on ne donne le nom de prescription qu'à l'effet paralysant, l'on peut se refuser à appliquer aux autres effets les dispositions légales qui parlent de la prescription.

Dans les lois, on trouve les trois formes de l'influence du temps.

Ainsi, dans le code de comm. français, l'art. 168, qui vise les délais relativement courts des articles qui précèdent, parle d'une *déchéance* de tous droits. L'art. 189 du même code, par contre, parle de *prescription*, mais il permet, dans son deuxième alinéa, de déférer le *serment* aux prétendus débiteurs. Notre législateur, qui a un système différent, parle de prescription dans les articles 206 et 207 du code de commerce, mais il n'a mentionné le serment que dans le premier. L'ordonnance allemande, rédigée à une époque où il n'y avait pas unité du droit civil en Allemagne, était assez explicite sur la prescription ; son article 80 a été abrogé ; la prescription, en ce qui concerne les points visés dans cet article, est régie, depuis 1900, par le code civil allemand.

Je constate encore combien les lois varient en ce qui concerne le délai de la prescription qui court contre l'accepteur. Ce délai est de trois ans, d'après l'art. 77 de l'ordonnance allemande ; de cinq ans, d'après l'art. 189 du code de commerce français ; de dix ans, d'après l'art. 206 du code de commerce néerlandais, qui, après ces dix ans, permet encore la délation du serment. Il est de six ans en Angleterre, conformément au statut général. Cela est un peu trop arbitraire.

Tout en évitant d'entrer dans une discussion sur la prescription dans le droit international privé, je crois pouvoir

dire qu'il est raisonnable d'appliquer, en cette matière, la loi qui régit l'obligation de chaque débiteur, du moins en tant qu'il faudra considérer le droit comme éteint, lorsque la loi qui le régit le déclarera éteint. Si la lettre est purement locale, ce droit sera le même pour tous les obligés. Si elle est internationale, le droit variera selon que l'un ou l'autre débiteur sera poursuivi. Dans l'état actuel des législations, ce système d'application du droit est relativement le meilleur. En effet, lorsque l'obligation d'une personne est régie par une loi nationale ou étrangère, et que cette loi éteint l'obligation, il n'y a plus lieu, pour un juge, de maintenir un droit de créance, dont la reconnaissance repose sur le respect dû à cette loi. Il y a des textes que l'on peut interpréter dans cet esprit. Ainsi, l'art. 166 du code de commerce français parle d'une lettre de change tirée de France et payable hors du territoire continental de la France en Europe, et cet article établit des délais, qui varient selon la distance, pour la poursuite des tireurs et endosseurs *résidant en France*; cela suppose évidemment que le juge français leur appliquera le droit français, bien que la lettre soit internationale. La loi belge a un article rédigé dans le même esprit. NAMUR (1) dit bien qu'en pays étranger, il faudra naturellement se conformer à la loi du pays où les poursuites se font, mais il ne parle de la matière qu'en passant. Les artt. 78 et 79 de la loi allemande doivent avoir en vue un tireur et des endosseurs, domiciliés en Allemagne; le calcul des distances le prouve. L'art. 207 du code de commerce néerlandais ne parle aussi que des lettres tirées du royaume; il est permis de dire qu'il suppose que

(1) Op. cit., ad. art. 57, I, nº. 671.

le tireur était domicilié dans le pays au moment de l'émission. Cependant je ne veux pas trop insister sur l'interprétation que je donne aux textes ; il y en a dont on pourrait conclure que la loi a ordonné l'application de la „lex fori", ce qui ne permettrait plus au „judex fori" de raisonner.

Mais si l'on peut arriver sous ce rapport, par l'application de la loi qui régit chaque obligation, bien plus raisonnablement que par l'application absolue de la loi du pays où les poursuites sont exercées, à la certitude du droit applicable à chaque débiteur, il n'en est pas moins vrai que le résultat obtenu n'est pas satisfaisant au point de vue des exigences du commerce international. L'uniformité du droit est certainement désirable, et, bien qu'il y ait des divergences plus profondes que la longueur des délais, il ne me paraît pas impossible de l'obtenir.

4ième SECTION

RAPPORTS JURIDIQUES COLLATÉRAUX

§ 96. *Considérations générales*

La lettre de change fait naître entre deux personnes, dont l'une est le signataire et l'autre le porteur légitimé par le titre, des rapports juridiques. Pour établir ces rapports la lettre de change est nécessaire — sauf en cas de perte, exception qui confirme la règle — et, d'un autre côté, la lettre de change suffit. J'appelle ces rapports des rapports de change; je me permets même de dire que ce sont des rapports de change „proprement dits".

Cependant, entre les personnes liées l'une à l'autre par un rapport de change, il peut y avoir un autre rapport, qui se rattache à la lettre, mais qui ne résulte pas de sa seule existence. Pour faire valoir en justice cet autre rapport, la lettre de change ne suffit pas, il faut que celui qui l'invoque établisse qu'il existe, outre le rapport de change, une autre relation entre les personnes. J'appelle cette dernière relation un rapport collatéral.

Il peut y avoir une influence des rapports collatéraux sur les rapports de change proprement dits. C'est cette influence que je me propose d'étudier.

Je me rends bien compte du fait que je suis obligé, pour faire cette étude, de côtoyer le précipice de la théorie du

droit de change. Mais cette considération ne peut pas m'arrêter. J'ai déjà pris parti, d'ailleurs, en établissant le droit de change proprement dit sur la confiance inspirée au public. Cependant, je tâcherai de me contenter de côtoyer le précipice, sans craindre de jeter des regards jusqu'au fond, au besoin, mais en évitant de m'y jeter et d'entraîner le lecteur avec moi. Cela veut dire que je ne dirai que ce qui sera nécessaire.

Je sais fort bien aussi que les législations ne sont pas d'accord sur la portée de la différence que je fais, et sur la ligne de démarcation entre les deux espèces de rapports que je distingue. Il y a des rapports que tout le monde considérera comme des rapports collatéraux. Ainsi, lorsqu'une personne a promis à une autre de lui livrer, pour un prix convenu, une lettre de change, déterminée d'une manière suffisante, et qu'elle n'accomplit pas cette obligation, le rapport entre les parties ne sera pas un rapport de change proprement dit. Mais il y a d'autres rapports, que certaines lois rattachent au droit de change, alors que d'autres en font des rapports collatéraux. Ainsi, dans le droit néerlandais et dans le droit français, la provision est rattachée au droit de change, alors que le droit allemand lui a refusé l'entrée de ce droit. Notre législateur a parlé, assez abondamment, des rapports entre le tireur et le preneur, en ce qui concerne la délivrance de la lettre (artt. 104 sqq.) ; il s'occupe des effets de la non-exécution de l'obligation d'accepter (artt. 113 sqq.) ; il règle même les effets que l'acceptation d'une lettre de change, émise pour la totalité du prix d'une vente, exercera sur le droit de revendication du vendeur impayé. La loi belge, qui a aussi parlé de la provision, en allant même plus loin sous ce rapport que le texte du code français (art. 6), a encore établi, entre commerçants et pour dettes commerciales, une obligation d'accepter. Le droit anglais

s'occupe, assez longuement, de ce que les auteurs anglais appellent la „consideration" (sect. 27 sqq.); il parle en passant de la provision (sect. 53, funds in hands of the drawee). Le droit uniforme américain a suivi cet exemple (§§ 50 sqq., § 211); les lois des Etats de New-York et d'Ohio (§ 330 de la loi de New-York) parlent même, entre autres, d'une lettre de change émise pour le paiement du prix d'un brevet d'invention (1). En général, dans le droit anglo-américain, les rapports collatéraux sont soudés aux rapports de change proprement dits. On peut dire le contraire de la loi allemande, qui cependant a cru devoir statuer expressément que l'accepteur est lié au tireur en vertu du droit de change (art. 23, alin. 2), disposition renforcée par l'alinéa suivant du même article, qui déclare que l'accepteur n'a pas un droit de change proprement dit contre le tireur. Je ne critique pas cette disposition, je la constate, en ajoutant que le texte de notre loi (art. 148 c. d. c.) ne donne pas au tireur, d'une manière générale, le droit d'agir contre l'accepteur sur la seule foi de la lettre, et que notre législateur n'a pas reproduit la disposition du code de commerce français: „l'acceptation suppose la provision".

On le voit, pour maintenir ma distinction, malgré ces différences, il faut que je heurte de front bien des idées reçues. Mais je crois avoir le devoir de le faire, parce que je ne considère pas le droit international privé comme la science des seuls conflits de lois, mais comme le droit privé de la société universelle. Les divergences des lois donnent lieu à des difficultés au sein de cette société, difficultés que le juge est bien obligé de résoudre lorsqu'elles se présentent

---

(1) CRAWFORD, op. cit., §§ 25, 330, 331.

devant lui. Ceux qui veulent rendre uniforme le droit des nations, en cette matière, doivent aussi prendre en considération ces difficultés, quand ce ne serait que dans le but de faciliter l'élaboration d'une loi uniforme *en gardant le silence sur les rapports collatéraux.*

---

§ 97. *Division de la matière*

Parmi les rapports juridiques collatéraux, il y en a deux qui frappent tout de suite l'interprète.

Le premier est celui qui résulte du contrat que régulièrement le tireur conclut avec le preneur, et l'endosseur avec son endossé immédiat, et qui a pour objet l'émission ou la transmission de la lettre. J'appelle ce rapport le rapport *de négociation.* D'après les lois d'un grand nombre de pays, la lettre de change doit porter la trace de cette négociation ; il faut tout au moins qu'elle fasse allusion à la valeur fournie ou à fournir : mais cette question a été traitée. Ce que j'ai en vue maintenant, c'est la substance du contrat de négociation et son influence sur le rapport cambial.

Le second rapport est celui qui se présente, non moins régulièrement, entre le tireur et le tiré. Il faut bien que le tireur, qui garantit au public l'acceptation et le paiement, compte que le tiré acceptera et paiera. J'appellerai ce rapport *la provision.* Il se peut que le tireur compte sur la complaisance du tiré, à charge de revanche, mais cela n'est pas normal. Il est possible encore que le tireur soit en même temps le tiré d'une lettre de change véritable (art. 6 de l'ordonnance allemande) ; c'est une exception. Enfin, la lettre de change peut être tirée pour le compte d'un tiers, mais alors il faut que ce tiers établisse un certain rapport entre le tireur et le

tiré, et c'est ce rapport que le tireur a en vue en garantissant au porteur l'acceptation et le paiement.

Sans doute la question la plus grave, attachée aux rapports entre le tireur et le tiré, est la transmission de la provision, mais, avant de traiter cette question, il est bon d'examiner ces rapports en général.

Ce n'est pas tout. Il y a encore quelques rapports collatéraux qui méritent un examen. C'est d'abord celui qui naît de la lettre tirée par ordre et pour le compte d'un tiers, matière qui se rattache à la provision. Puis vient le règlement d'une dette préexistante par le moyen d'une lettre de change, sujet qui a des liens, non-seulement avec la provision, mais encore avec la négociation. Enfin l'action du chef d'enrichissement sans cause doit nous arrêter un instant. Tous ces rapports collatéraux spéciaux, qui nous présentent peu de textes à comparer, ne donneront lieu qu'à des observations.

En somme, la matière se subdivisera de la façon suivante :

— le contrat de négociation de la lettre de change ;

— l'examen général des rapports entre le tireur et le tiré ;

— la transmission de la provision ;

— quelques observations sur les autres rapports collatéraux.

---

§ 98. *Le contrat de négociation de la lettre de change*

A. **Points de comparaison quelque peu saillants**

a. *substance du contrat de négociation.*

Le contrat de négociation peut présenter toutes sortes de variétés. Il peut y avoir vente du titre, cession à un titre onéreux quelconque, mise en nantissement, mandat de toucher, complaisance, à la rigueur même donation.

En général le contrat de négociation produira, entre les parties, les obligations attachées à un contrat du genre auquel il appartient ; il devra être interprété comme tout autre contrat et pourra être entaché des vices qui peuvent se trouver dans tout autre contrat. Mais toutes les lois ne règlent pas de la même manière les divers contrats qui se trouvent au fond de la négociation. Elles diffèrent assez notablement aussi en ce qui concerne le caractère illicite de certains contrats, abusifs ou usuraires, aléatoires ou frappés de réprobation pour un motif quelconque.

Il y a là déjà une source de difficultés. Mais les lois, ont, par ci par là, des dispositions spéciales pour les rapports entre tireur et preneur, entre endosseur et endossé immédiat. Ainsi notre loi détermine le nombre d'exemplaires (art. 104 c. d. c.) que le tireur s'engage à fournir au preneur lorsqu'il n'y a pas eu de convention contraire ; elle dit aussi que le preneur a le choix de faire mettre la lettre à son propre nom ou au nom d'un tiers, et d'y faire insérer ou non la clause à ordre (art. 105). On peut même voir une particularité du contrat de négociation dans l'art. 111 du code de commerce néerlandais, qui suppose qu'il y a, entre le tireur (ou celui pour le compte de qui la lettre a été tirée) et le preneur, un mandat de toucher. Mais cela est controversé. C'est surtout dans le droit anglo-américain que le contrat de négociation joue un grand rôle ; il apparaît le plus souvent comme étroitement lié au droit de change proprement dit.

La loi anglaise donne au porteur de bonne foi, qui a payé la contrevaleur, une position particulière. Elle s'occupe longuement du contrat de négociation, spécialement dans les sections 27 et suivantes, où elle traite de la cause (consideration) et de la complaisance (accommodation). Les termes

anglais sonnent comme du français. Le fait que la lettre a été émise, endossée ou acceptée par complaisance, a influence, non-seulement sur les rapports entre parties (sect. 28), mais encore sur les devoirs du porteur (sect. 50) et sur l'extinction des obligations de change (sect. 59, sous-sect. 3). La loi énumère, dans la section 29 (s.-s. 2), les divers vices qui peuvent entacher le titre de celui qui transmet une lettre. Enfin, la section 58 nous parle de la garantie que doit celui qui transmet, de la main à la main, une lettre payable au porteur; cette garantie dérive immédiatement du contrat de négociation tout pur.

Le droit uniforme américain est rédigé dans l'esprit du droit anglais (§§ 50 sqq.; §§ 90 sqq.; § 202). Le § 115 de la loi fait une différence bien nette entre la garantie due par celui qui transmet sans endossement une lettre de change payable au porteur, et entre celui qui transporte une lettre par un endossement „sans recours". Le premier ne doit la garantie de la validité de l'instrument, spécificée dans le §, qu'à celui auquel il transmet cet instrument, alors que l'endosseur „sans recours" — inattaquable comme endosseur — doit *à tous les porteurs successifs* la garantie de la validité de l'instrument. Une critique de Barr-Ames, doyen de la faculté de droit à Harvard, qu'un jurisconsulte américain a tenté de réfuter, a appelé mon attention sur cette particularité (1).

b. *influence du rapport de négociation sur le rapport cambial.*

En apparence il y a ici, particulièrement entre le droit allemand et le droit anglo-américain, une différence formidable. A en juger d'après les expressions qu'emploient les auteurs

(1) Crawford, op. cit., ad § 115, note. Amasa M. Eaton, loc. cit. ad § 65 (de la loi de Massachusetts).

allemands, il faudrait dire que le rapport cambial, dans le droit allemand, est littéral et abstrait, entièrement détaché de ce que ce, dans un certain sens, on appelle la cause des obligations, alors que, dans le droit anglo-américain, le rapport de négociation et le rapport cambial sont intimement unis.

En réalité, l'opposition n'est pas aussi forte que l'on serait tenté de le croire. Les deux lois partent de points opposés, mais elles se dirigent l'une vers l'autre, sous l'aiguillon du bon sens et d'une saine appréciation des exigences de la vie active, et elles se rencontrent à moitié chemin. Il y a des nuances, dont la plus légère peut entraîner la perte d'un procès, mais il n'y a pas une opposition irréductible. En somme, les deux lois arrivent à la conclusion que celui qui a acquis un titre de bonne foi, dans l'ordre régulier des transactions de la vie active, n'a pas à craindre que son débiteur puisse invoquer le contrat de négociation conclu entre ce débiteur et un tiers.

La loi anglaise admet en principe l'influence du contrat de négociation sur le lien cambial, mais elle donne au porteur régulier, de bonne foi et innocent de toute fraude (sect. 29), un droit qui n'est pas atteint par les défauts du titre de ses prédécesseurs (sect. 38). La loi allemande, de son côté, (art. 82) a statué que le débiteur cambial (Wechselschuldner) ne peut employer que les moyens de défense (Einreden), qui dérivent du droit de change ou qui lui appartiennent immédiatement contre le créancier. Sans aller loin dans la littérature et la jurisprudence, qui permettraient de citer une bibliothèque tout entière, je ne renverrai qu'à DERNBURG (1), qui a exposé magistralement le sens de cet article. Je constate que cet auteur admet que les moyens de défense, opposables à un

(1) Op. cit., II², § 276.

créancier cambial précédent, peuvent être apposés au créancier cambial actuel, lorsque ce dernier a connu ces moyens et a su que la transmission devait avoir pour effet de priver le débiteur de ses moyens de défense. Dernburg cite (note 34) la jurisprudence de la Cour de l'Empire, dont la formule diffère assez notablement de la sienne, en ce sens que la Cour veut que l'acquisition ait été déloyale et forme une exploitation abusive du caractère abstrait de la lettre de change. Il mentionne le dissentiment d'autres auteurs, mais en somme, je crois pouvoir dire que, de même que le droit anglais, le droit allemand ne veut pas aller plus loin que ne l'exige la sécurité des transactions de la vie active. Pour moi, personnellement, je crois qu'on peut arriver à ce résultat, sur la base de la confiance inspirée au public, sans admettre le caractère littéral et abstrait de l'obligation de change, mais je n'insiste pas, de peur d'aller trop loin dans la critique.

La différence entre les deux points de départ laisse subsister bien des nuances. Ainsi le droit anglais, par une disposition expresse (sect. 30 s.-s. 2), a partagé le fardeau de la preuve. Le droit allemand, de son côté, a une procédure particulière qui peut obliger le défendeur à faire un détour (Code de proc. civ. § 602 sqq.). Je me contente de signaler ces nuances.

La disposition de l'ordonnance allemande a été suivie par bien des lois, dont la citation allongerait inutilement mon travail (1). Dans le droit français, le silence de la loi conduit à une interprétation qui se rapproche sensiblement de celle que je viens d'exposer ; Lyon-Caen et Renault parlent même d'une règle „admise universellement'' (2). Dans notre pays, il y a

---

(1) Conf. Vivante, op. cit., III, nos. 1355 sqq. ad art. 324 cod. comm. ital.
(2) Op. cit., no. 130. Conf. nos. 86, 157, 478, 481, etc.

controverse, mais la jurisprudence commence à se dégager de l'obsession de l'obligation abstraite.

B. Application du droit.

Il est assez facile de remonter aux principes, quand on tient compte de la distinction entre les obligations contractuelles et les obligations basées sur un appel à la foi publique. Les premières ont pour source la confiance, inspirée à une personne déterminée dès le début, les secondes, la confiance inspirée au public, confiance que vient invoquer la personne, inconnue au début, qui remplit les conditions dont le débiteur a fait dépendre le paiement. Les premières subissent l'influence de ce qui s'est passé au début, les autres dépendent uniquement de ce qu'un homme sérieux et raisonnable a pu lire dans l'instrument qu'il a acquis. Par suite, il faut remonter, pour les premières obligations, aux faits qui forment le contrat de négociation, alors que ces faits ne sont importants, pour les autres, qu'autant qu'ils ont laissé, sur le titre, une trace suffisante. Le droit qui régira la substance du contrat de négociation pourra être un autre droit que celui qui régira l'obligation cambiale. Mais si le principe est relativement simple, l'application en est difficile, parce que les faits du début sont essentiellement variables.

La substance du contrat de négociation sera régie, selon le véritable caractère que les faits assignent à ce contrat, par le droit qui doit régir les obligations contractuelles. Comme je l'ai exposé dans le premier volume de cet ouvrage, ce droit n'est pas toujours indiqué d'avance par le „locus contractus", le „locus executionis", la nationalité ou le domicile des parties, leur autonomie, etc. Il faut remonter aux faits, les analyser et tirer une conclusion raisonnable de cette

analyse. Si le contrat de négociation est une vente, une ouverture de crédit, un contrat aléatoire, un mandat, une donation, etc., il faut rechercher la loi applicable, selon que le contrat sera local-national, local-étranger ou international. Si le contrat ne peut pas être ramené à une loi, il reste le droit commun international, qui détermine la substance d'une obligation contractuelle au moyen de la confiance inspirée à chaque partie, considérée comme une personne sérieuse et raisonnable, par les déclarations de l'autre partie. La liberté d'appréciation, que je revendique pour le juge, ne s'oppose nullement à ce qu'il tienne compte des exigences de l'ordre social national et de l'ordre social universel.

Après qu'on a établi ainsi quels droits résultent du contrat de négociation, il reste à résoudre la question de savoir si le débiteur cambial peut les invoquer contre le créancier cambial. Cette question doit être résolue, pour chaque débiteur, par le droit qui régit son obligation cambiale. Ce droit n'étant pas le même pour tous ces débiteurs, l'obligation du tireur et celle de chaque endosseur pourront être régies par des lois différentes.

S'il y a des rapports hybrides, il faut les analyser pour reconnaître leur véritable nature. Ainsi l'obligation du tireur, que notre code de commerce vise (art. 104) et qui a pour contenu la prestation de trois exemplaires, dérive certainement du contrat de négociation ; si le débiteur ne l'accomplit pas, ce n'est pas au moyen de la lettre, mais au moyen d'un appel au contrat que le créancier la fera sanctionner. La garantie que doit, à son successeur immédiat, celui qui transmet, de la main à la main, une lettre émise valablement au porteur ou endossée en blanc par un tiers, dérive aussi et même uniquement du contrat de transmission. Quant à la garantie

spéciale que la loi américaine impose à l'endosseur „sans recours", envers tous les porteurs futurs, elle a véritablement le caractère d'une obligation cambiale à contenu légalement limité; le motif indiqué pour justifier la différence que la loi fait, entre l'endosseur „sans recours" et celui qui transmet un instrument au porteur par simple délivrance, est précisément que le premier, en mettant son nom sur la lettre, a inspiré au public une certaine confiance.

Le fardeau de la preuve et l'emploi de certains moyens de preuve forment des questions importantes, que je signale sans les approfondir. Celui qui invoque contre un débiteur, particulièrement un débiteur cambial, des faits auxquels une loi, que le créancier prétend applicable, attache sa créance, sera soumis au fardeau de la preuve dans la mesure indiquée par cette loi. Le porteur agissant contre un débiteur cambial, soumis à la loi anglaise, aura ainsi une situation plus défavorable que celui qui agit contre un débiteur, soumis au droit allemand. L'emploi des moyens de preuve, en tant qu'il dépend de la procédure, est soumis au droit qui régit la procédure. Par suite le porteur, agissant en Allemagne par le moyen de la procédure spéciale en matière de lettres de change, sera dans une position meilleure que le porteur qui agit en Angleterre (1).

(1) § 594 sqq. cod. proc. civ. allemand. Conf. §§ 110, chiffre 2 ; 538, chiffre 4. Cour de l'Empire allemand, 28 Mars 1883. Entsch. Civ. IX, p. 430 sqq.

§ 99. *Examen général des rapports entre le tireur et le tiré*

A. **Considérations générales.**

Ces rapports existent par la nature des choses. Mais les lois les ont traités. d'une façon bien différente. Le code de commerce français parle de la provision dans la partie consacrée au droit de change; le législateur belge est allé, sous certains rapports, plus loin encore que le code français. Le droit allemand a mis, pour ainsi dire, la provision „hors la loi", il parle cependant des rapports entre le tireur et le tiré. La loi anglaise s'occupe aussi des „fonds" qui peuvent se trouver chez le tiré.

Il est nécessaire d'étudier les rapports entre le tireur et le tiré. On peut assez facilement les ranger dans un certain ordre. Il se peut d'abord que le tiré, qui a promis au tireur d'accepter, ne remplisse pas sa promesse. Puis il se peut qu'il accepte. Après avoir accepté, il peut refuser de payer. Enfin, il peut payer, soit qu'il ait accepté, soit qu'il ne l'ait pas fait. Dans tous ces cas, nous allons examiner, non plus quels sont les droits et devoirs du porteur, mais tout spécialement quels sont les rapports entre tireur et tiré.

Indirectement la lettre d'avis peut avoir une influence notable sur ces rapports. Non pas que l'obligation de l'envoyer ait une grande importance pour le droit de change proprement dit. Notre législateur (art. 142, c. d. comm.) impose cette obligation, mais seulement à peine de dommages et intérêts; le droit allemand a gardé le silence. Cela ne forme pas une différence bien saillante. Mais le plus souvent l'avis explique au tiré pourquoi la lettre a été émise, il lui dit au moyen de quels fonds il fera le paiement, sur quel

compte il portera ce paiement, etc. De cette manière, il donne au rapport entre le tireur et le tiré une base positive. Il peut servir de preuve.

B. **Points saillants de comparaison.**

a. *le tiré, qui s'est engagé envers le tireur à accepter, n'accepte pas.*

Le tireur, comme nous l'avons vu, peut être obligé, dans ce cas, de donner caution ou même de rembourser le montant de la lettre au porteur. Il est naturel qu'il s'en prenne au tiré. Mais on peut dire, en général, que les droits qu'il exerce ne dépendent pas de la lettre de change, mais du rapport collatéral qui peut exister. Cela est vrai, même lorsque la loi d'un pays impose au tiré, comme nous l'avons vu, l'obligation d'accepter dans certaines circonstances. Il faut bien que le tireur établisse que ces circonstances se sont produites.

Notre législateur est parti des mêmes idées. C'est ainsi que j'entends l'art. 113 du code de commerce néerlandais, sans trop insister sur le rapport de cet article avec l'article qui suit. Mais le législateur a fait plus. Il a cru devoir régler, dans ce dernier article (114) le montant de l'indemnité que le tiré, qui a promis d'accepter et qui ne le fait pas, doit au tireur. De cette manière, il a écarté l'application des principes généraux sur le montant des dommages et intérêts en matière contractuelle. Le droit français, au contraire, ne s'écarte pas de ces principes (1). Le droit allemand n'a pas non plus réglé spécialement la matière. On peut discuter, dans ce dernier droit, sur le point de savoir si l'obligation du tiré est susceptible d'exécution forcée, ou si le tireur n'a droit qu'à des

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n°. 225.

dommages et intérêts (1), mais dans tous les cas la demande est basée sur un rapport collatéral (2).

b. *le tiré accepte.*

ba. droit de retenir la provision.

Il est évident que si le tiré est débiteur du tireur et que si le tireur a émis la lettre sur la base de cette dette, le tiré ne s'engage pas à payer à la fois le montant de la lettre au porteur et le montant de la dette au tireur ou à ses créanciers. Notre législateur, qui rejette expressément la transmission de la provision, dit cependant qu'en cas d'acceptation la provision demeure au tiré (art. 110, code de comm.). Pour le droit français, cette faculté de retenir la provision ne paraît jamais avoir été contestée (3). Elle se trouve au fond de l'article 6 de la loi belge. Le droit allemand n'en a pas parlé dans l'ordonnance sur la lettre de change. Il me semble évident que tout ici dépend des rapports collatéraux entre le tireur et le tiré ; la lettre d'avis, qui indique au tiré que la lettre a été émise par le tireur pour se couvrir d'une créance, établit un rapport entre la lettre et la dette collatérale. Je reviendrai sur ce point en traitant du règlement d'une dette par le moyen d'une lettre de change, question dont le droit de retenir la provision forme un élément.

bb. obligation du tiré-accepteur envers le tireur.

Il y a ici une différence saillante. L'ordonnance allemande exprime nettement que l'acceptation rend le tiré *débiteur*

---

(1) Kuntze (Endemann), op. cit., V, § 51.
(2) Dernburg, op. cit. II², § 262, 3.
(3) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, n⁰. 175.

cambial du tireur, (art. 23, alin. 2). Cette disposition est généralement reproduite dans les lois du type allemand. Notre législateur, dans l'art. 148 du code de comm., semble bien avoir considéré l'obligation de l'accepteur, envers le tireur, comme une dépendance de la provision, ce qui fait que l'action du tireur est fondée, non pas sur la lettre qui ne prouve que le fait de la non-acceptation, mais sur le mandat collatéral, accepté par le tiré. Ce point du reste est controversé (1). Dans le droit français, on peut rattacher la matière à l'adage „l'acceptation suppose la provision" (art. 117 c. d. comm.) mais ce point est controversé aussi. LYON-CAEN et RENAULT disent de cette disposition: „il aurait mieux valu ne rien dire" (2).

c. *le tiré accepte, mais ne paie pas.*

Malgré l'importance théorique et pratique de la question, je crois qu'il suffit d'opposer l'un à l'autre le droit néerlandais et le droit allemand, qui présentent des textes.

Le droit néerlandais comme il vient d'être dit, donne au tireur une action, qui a pour but de demander compte à l'accepteur de la provision, destinée au paiement de la lettre, et de lui faire réparer le dommage résultant de l'inexécution du mandat (art. 148 déjà cité). Il en résulte que le principe de l'action n'est pas cambial; il ne suffit pas que le tireur produise la lettre, acceptée, impayée, et revenue entre ses mains, il faut qu'il affirme et prouve, au besoin, l'existence du rapport collatéral de la provision. La conclusion que j'exprime est

(1) Entre autres, J. A. LEVY, *De verhouding tusschen trekker en acceptant* (1874) pass.

(2) Op. cit., IV, n°. 169 sqq. BENTEJAC, *Etude sur la provision*, etc. (Paris 1884) n°. 25.

celle que la Cour de cassation a tirée de l'article ; seulement, ce qui est caractéristique, la Cour donne au tireur une action de change lorsque la lettre est à son ordre et porte son endossement. Ce serait alors en qualité d'endosseur, de porteur si l'on veut, qu'il agirait (1). Au reste, tout, sur ce point, est controversé.

Le droit allemand, basé sur la théorie moderne qui veut que la lettre de change se suffise à elle-même et qui s'efforce de ne pas entremêler le droit de change et la provision, a statué expressément, comme il vient d'être dit, que l'accepteur est tenu envers le tireur en vertu du droit de change. Il en résulte que le tireur peut agir sur la seule foi de la lettre, au besoin en usant de la procédure rapide que le code de procédure civile allemand organise. Le tiré, débiteur de change, pourra se défendre, mais seulement dans les limites de l'art. 82 de l'ordonnance et par les moyens du code de procédure.

Je ne songe pas à critiquer. Je constate. Au fond, il y a dans la matière un autre élément que le droit de change, c'est le droit d'agir en vertu d'une *promesse non causée*. Ma conviction à ce sujet se rattache à ma manière d'envisager le droit de change, que je ne peux pas considérer comme littéral et abstrait. C'est la confiance inspirée au public qui est la base de l'obligation de change et c'est pour cela que l'accepteur est tenu *envers le porteur* sur la seule foi de la lettre. Or, le tireur n'est pas un porteur qui a acquis la lettre en comptant sur la confiance inspirée au public. Ce qu'il tient, c'est une promesse non causée de payer contre le papier. Dans les systèmes qui n'exigent pas que

---

(1) Cour de cassation des Pays-Bas, 13 Déc. 1894. Mag. d. dr. comm. VII, p. 97. Conf. même Cour, 12 Avril 1878. W. 4231.

celui qui produit une promesse non causée établisse la cause comme fondement de son action (art. 1121 C. C. italien p. ex.), il est tout naturel que le tireur puisse agir, sauf au débiteur à prouver l'absence de cause, la cause illicite, etc. Mais dans les systèmes qui ne donnent pas le droit d'agir sur une „cautio indiscreta", le droit du tireur est exceptionnel et il est assez naturel qu'on le rattache à la forme, en faisant de l'obligation une obligation littérale et abstraite. Je ne dis pas tout cela pour développer mon opinion, mais pour faire voir que la question a des racines profondes, qui se trouvent malheureusement dans le maquis de la cause. Je n'y entre pas.

Dans les législations, qui sont muettes ou qui ne s'expriment pas nettement, la question que je traite peut être matière à controverse. J'ai en vue particulièrement, pour ce qui est du droit français, l'adage que l'acceptation suppose la provision. DANIEL (1) enseigne aussi que l'acceptation établit *prima facie* que l'accepteur est en fonds, mais que l'accepteur peut combattre cette présomption en établissant qu'il a accepté par complaisance, ou dans des circonstances qui ne créent pas, pour lui, une obligation de payer.

d. *le tiré a payé.*

Le tiré doit payer s'il a accepté et il peut même alors être contraint de payer ; il peut payer sans avoir accepté.

Sous l'empire de notre code, on a essayé de donner au tiré, qui a payé, une action en remboursement, sur la seule preuve de la lettre acquittée, une espèce d'„actio mandati contraria" (2). Certainement les termes de la loi, qui parle

(1) Op. cit., § 534. Conf. ADDISON, op. cit., p. 761. Loi anglaise, sect. 54, j⁰ 28. Loi américaine § 112, j⁰ 55.

(2) Tribunal de Heerenveen 6 Jan. 1874. Mag. d. dr. comm. 1874, p. 80. Conf. LEVY, *De rechtsverhouding* enz. § 1.

toujours d'un mandat donné et accepté, donnent à ce raisonnement un certain appui. Cependant le système en question n'a pas prévalu ; le législateur lui-même n'a pas accepté les conséquences logiques de l'idée du mandat, qui est plutôt dans le style de la lettre de change que dans sa nature ; d'ailleurs le système qui donne à l'accepteur une action contre le tireur, sur la seule preuve du titre acquitté, est incompatible avec le système qui donne au tireur, dans certains cas au moins, une action contre l'accepteur, sur la seule preuve du titre accepté. D'après l'opinion qui semble dominer chez nous, les obligations de change sont éteintes par le paiement ; si le tiré, accepteur ou non, veut agir contre le tireur, après le paiement, il faut qu'il établisse le rapport collatéral qui lui donne droit à une provision posthume.

En Allemagne, la loi (art. 23) après avoir dit que le tireur a une action cambiale contre l'accepteur, ajoute que ce dernier n'a pas de droit cambial contre le tireur.

Dans le droit français, le doute que soulève l'adage : „l'acceptation suppose la provision", exerce son influence sur la question qui nous occupe. Lyon-Caen et Renault (1) enseignent que si l'accepteur veut agir contre le tireur, après le paiement, il devra prouver qu'il a fait une avance ; c'est du moins l'explication qui leur paraît relativement la meilleure. Quant au tiré qui a payé sans avoir accepté, on pourrait soutenir, en partant de l'idée que l'émission suppose un mandat, qu'il a la „mandati contraria" sur la seule preuve de la lettre acquittée ; cela n'est pas illogique si réellement l'émission vaut mandat, mais comme la loi ne le dit pas en propres termes, il y a matière à discussion. Ainsi, les mêmes auteurs disent bien que si le tiré n'avait pas reçu provision, le paiement con-

(1) Op. cit., IV, nº. 169*bis*.

stitue de sa part une avance qu'il a le droit de se faire rembourser par le tireur, mais ils ajoutent que quand la lettre a été tirée pour le compte d'un tiers, le tiré, qui a payé, a un recours contre le donneur d'ordre et non contre le tireur (1). L'art. 115 du code de commerce français, tel qu'il a été modifié en exécution de la loi du 19 Mars 1817, donne un appui à cette manière de voir (2). Avec pleine raison, les auteurs cités disent que l'action du tiré contre le donneur d'ordre ne dérive pas de la lettre, sur laquelle le donneur d'ordre ne figure pas. Il semble résulter pourtant, d'un argument a contrario, qu'on peut extraire de cette phrase, que les auteurs considèrent l'action du tiré contre le tireur comme une action résultant de la lettre de change et se prescrivant par cinq ans (3).

Il y a donc dans la matière, des questions assez délicates.

Ces questions se présenteront, par figure renversée, lorsque le tiré est débiteur du tireur ou possède des fonds en dépôt, et qu'il se prétend libéré ou bien qu'il débite le compte du tireur du montant du paiement. C'est alors le tireur qui agit, comme créancier ou déposant, et son action est certainement basée sur autre chose que le droit de change. Mais ce droit revient à la charge lorsque le tiré, pour se libérer, invoque le paiement de la lettre de change, qu'il considère comme régulier. Il se peut que la défense du tiré soit vaine, s'il a accepté une lettre portant la signature fausse du tireur ou s'il a payé imprudemment, avant l'échéance, à un porteur illégitime, mais il suffit ici de signaler ces difficultés.

Une situation analogue aux rapports entre le tireur et le tiré peut se présenter, lorsqu'un domiciliataire a payé et

---

(1) Op. cit., IV, nº. 308.

(2) Conf. Nouguier, op. cit., I, nº. 580, II, nº. 712.

(3) Op. cit., IV, nº. 95.

qu'un conflit s'élève entre lui et l'accepteur. Le célèbre procès, qui a été plaidé en Angleterre jusque devant la Chambre des Lords, et que j'ai pu étudier facilement parce qu'un jeune docteur de notre Université y a consacré sa thèse, était précisément un procès entre une maison de Londres et la Banque d'Angleterre, qui avait payé comme domiciliataire une traite fausse, tirée sur la maison en question, et sur laquelle un commis de cette maison avait obtenu frauduleusement, à l'aide d'une fausse lettre d'avis, l'acceptation authentique de son patron (1). Mais, bien qu'en Angleterre on ait plaidé sur l'applicabilité de la section 7 (s.-sect. 3) de la loi de 1882, j'ose dire modestement que ce n'était pas une question de droit de change proprement dit, mais une question de rapport collatéral.

C. **Application du droit.**

Les législations diffèrent ici sur *la nature même* des rapports juridiques entre le tireur et le tiré. Cela étant, il est impossible de tirer une conclusion, universellement acceptable, de la nature de ces rapports. Forcément la solution variera quelque peu selon le pays où la question se posera. Pour nous, cela n'a rien d'étonnant. Nous ne considérons pas le droit international privé comme une science qui a pour but d'indiquer, par une formule universelle et pour toutes les combinaisons de circonstances, la loi applicable. On serait assez embarrassé d'ailleurs d'appliquer ici, entre tireur et tiré, le principe de la „lex loci contractus", de la „lex loci executionis" ou de l'autonomie. Même la règle de la nationalité commune

(1) *Bank of England* v. *Vagliano* (1891). App. Cass. 107. W. B. Blijdenstein, *Eenige opmerkingen naar aanleiding van een wisselproces te Londen*, Amsterdam, 1893.

des parties montre ici son caractère mécanique, bien que la solution soit aisée pour le juge qui la trouve dans les lois de son pays.

Cependant on peut, en se servant du droit comparé pour préciser la portée de la difficulté, arriver à une solution universelle pour certains cas.

En effet, on constate ici qu'il s'agit d'un rapport entre deux membres du personnel de la lettre de change, le tireur et le tiré, et que les endosseurs et le porteur sont hors de cause. Par suite, le fait que la lettre a circulé dans des pays divers, est indifférent ici, et l'on peut localiser, dans notre matière, une lettre qui aurait un caractère international à d'autres points de vue.

En ce qui concerne le tireur et le tiré, la lettre de change sera locale lorsque le tireur et le tiré seront établis dans le même pays, ce qui suppose, sauf dans des cas très rares que l'on peut négliger, que la lettre à été tirée d'un pays sur ce pays même, comme le disent la loi anglaise et la loi américaine. Cette circonstance entraînera l'application du droit local, tant pour le juge du pays, au point de vue duquel la relation juridique est locale-nationale, que pour le juge étranger, pour qui elle est locale-étrangère. La loi locale décidera *s'il y a un rapport de change*, et dans ce cas elle déterminera la substance des obligations qui en résultent. Si d'après la loi locale le rapport n'est pas un rapport de change mais un rapport ordinaire, l'application du droit de change local est exclue; il faut alors examiner le fond de la relation qui peut exister entre tireur et tiré, et cet examen déterminera le droit applicable. Si la lettre a été tirée en Belgique, par exemple, sur une personne établie en Belgique, pour une dette commerciale existant entre commerçants, il résultera de la

loi belge que le tiré est tenu d'accepter. Si la lettre, tirée d'Allemagne sur l'Allemagne, a été acceptée par le tiré établi en Allemagne (normalement le lieu de l'acceptation sera aussi en Allemagne, mais le lieu d'établissement domine) l'accepteur sera tenu cambialement envers le tireur (1). Si le même rapport se produit en France, l'acceptation supposera la provision. Dans tous ces cas, on peut dire que les personnes ont compris et fait comprendre de quoi il s'agissait; chacune d'elle est obligée dans la mesure de la confiance qu'elle a inspirée à l'autre. Le tiré qui a payé, dans notre hypothèse, n'aura, si la relation entre le tireur et lui est locale-allemande, que le droit qui résultera du rapport collatéral. Si la relation est locale-française, l'adage plusieurs fois cité fera sentir son influence. J'ajoute que la relation entre l'accepteur et le domiciliataire sera presque toujours aussi locale-nationale ou locale-étrangère.

La lettre de change sera internationale, dans la matière qui nous occupe, si elle a été tirée d'un pays sur un autre.

Il faut alors, avant de déterminer le droit applicable, décider si la relation entre les parties est un rapport de change ou un rapport collatéral. Le droit applicable peut dépendre de cette détermination, mais comment la faire avant de connaître le droit applicable? Pour ceux qui ne voient dans le droit international privé que la science qui tranche les conflits de loi, le cas peut être embarrassant. Suivra-t-on la loi du lieu de l'émission, celle du lieu où l'acceptation ou le paiement doivent être demandés? Distinguera-t-on entre les obligations du tireur et celles du tiré, pour les soumettre à une loi

---

(1) En ce sens: Cour de Bois-le-Duc, arrêt du 21 Avril 1891. Weekbl. n⁰. 6140.

différente ? Ce ne seraient là que des apparences de solution. D'ailleurs il n'est pas possible d'admettre à la fois que l'accepteur soit obligé cambialement envers le tireur, c'est-à-dire obligé de payer sur la seule foi de la lettre acceptée, et le tireur obligé cambialement envers l'accepteur, c'est-à-dire obligé de rembourser sur la seule foi de la lettre acceptée et payée. Une seule des parties, à la rigueur, peut être cambialement obligée envers l'autre, mais il faut alors que cette autre ne puisse invoquer que le rapport collatéral.

Il faut absolument donner au juge le pouvoir le plus large dans l'appréciation des faits qui doivent déterminer, sur la base de ce que les parties ont dû comprendre toutes deux, la nature de la relation qui les unit. S'il résulte des faits que le tireur n'a donné qu'un mandat, devenu irrévocable, à l'égard du porteur, par l'acceptation du tiré, et que les deux parties ont compris ou dû comprendre qu'il en était ainsi, l'accepteur ne sera obligé cambialement qu'envers le porteur, il ne sera pas tenu cambialement de payer à son mandant. Si le tiré a accepté, de telle sorte qu'il résulte des faits que les deux parties ont dû comprendre que l'acceptation obligait l'accepteur cambialement, envers le tireur, l'accepteur sera obligé cambialement, non-seulement envers le porteur, mais encore envers le tireur. Si les faits sont négatifs, le rapport ne sera pas cambial, ce qui, à mon avis, est sa véritable nature. Une fois la nature du rapport connue, il est possible de préciser la substance des obligations qui en naissent. Si le rapport est cambial, cette substance sera déterminée conformément à la loi qui régit l'effet cambial de l'émission ou de l'acceptation ; s'il ne l'est pas, le droit applicable dépendra uniquement de l'analyse du rapport collatéral que le demandeur invoque.

La latitude d'appréciation, que je donne au juge, n'est pas sans inconvénients. Elle pourra avoir pour effet que le droit différera selon le pays où une action est intentée. Si la lettre est tirée de la France sur l'Allemagne, le juge allemand sera disposé à donner à l'acceptation, qui a eu lieu dans son pays, le caractère que lui attribue l'art. 23 de l'ordonnance allemande, alors que le juge français, si l'accepteur, qui a payé, attaque le tireur en France, ne sera pas disposé à lui donner cet effet. BARTIN verrait là un de ces conflits de qualification, qu'il a décrits avec tant de talent (1). Pour moi, le droit international privé montre qu'il y a ici dans les lois, quant à la nature d'une relation juridique, et alors que le droit applicable dépend de cette nature, une discordance fondamentale qui exclut l'harmonie et qui exige une codification uniforme. Ce serait déjà un grand pas dans ce sens que de se taire, dans la loi internationale, sur les rapports collatéraux. Au Congrès de Bruxelles de 1888, cette idée a fait un bout de chemin.

---

§ 100. *La transmission de la provision*

A. **Considérations générales.**

Sous l'empire des théories, qui considèrent la lettre de change comme le titre servant à l'exécution d'un contrat de change, et ce contrat lui-même comme une „*emtio-venditio pecuniae absentis*", la question de la transmission de la provision se pose naturellement. Pourquoi le porteur, qui a acheté la „pecunia absens", n'en deviendrait-il pas propriétaire par le seul fait de l'acquisition de la lettre? On n'a pas même besoin de faire intervenir le droit d'exercer les actions du

(1) Journal de *Clunet* 1897, p. 255 sqq., 466 sqq., 720 sqq. Conf. Traité de Montevideo, art. 27 in fine.

débiteur, que certaines lois donnent au créancier (art. 1166 du code civil français), et si la créance, qui forme la provision et qui passe au porteur, est garantie par une hypothèque ou un gage, l'accessoire suivra le principal.

La transmission devient surtout importante lorsque le tireur fait faillite. Dans ce cas, le porteur, comme le dit expressément l'art. 6 de la loi belge, a, vis-à-vis des créanciers du tireur, un droit exclusif à la provision qui existe entre les mains du tiré, lors de l'exigibilité de la traite, sauf application de la loi des faillites lorsque le transport de la lettre est suspect (art. 445 du code de commerce belge). Le porteur obtient ainsi, en agissant directement contre le tiré, un droit de préférence qui n'est pas attaché à son action de change contre le tireur. Dans le cas de faillite du tiré, la transmission de la provision peut être importante aussi pour le porteur, lorsque cette provision est un corps certain et déterminé, revendiquable contre la masse (1).

Au premier abord, il semble que les systèmes législatifs, qui admettent la transmission de la provision dans cet esprit, rendent beaucoup plus favorable la position du porteur que les systèmes qui ont écarté la provision de droit de change, et que par suite les premiers systèmes favorisent particulièrement les opérations de change. En réalité, cet avantage ne doit pas être fort grand. Le porteur le plus souvent ne sait pas s'il y a provision ou en quoi elle consiste ; il ne sait pas non plus si le tireur n'a pas émis des lettres pour un montant bien supérieur à la provision, ou si le tiré, en acceptant d'autres lettres de change, n'a pas acquis le droit de retenir la provision pour l'affecter au paiement de ces autres lettres.

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nos 106, 129, 166 et 173. Namur, op. cit., sur les artt. 6 et 26 de la loi belge.

Ces considérations expliquent la vivacité avec laquelle le principe de la provision et celui de sa transmission ont été défendus et combattus. Au Congrès d'Anvers, tenu en 1885, la provision a triomphé à la majorité, dans un vote par têtes, mais tout de suite on a cherché une transaction et en 1888, à Bruxelles, la matière a été renvoyée aux lois de faillite.

Cependant, tant que les lois seront ce qu'elles sont, il importe de constater leurs divergences.

B. **Points saillants de comparaison.**

Il est assez facile de trouver une opposition, en prenant pour bases de comparaison la loi belge, qui admet et règle longuement la transmission de la provision, et la loi allemande qui ne donne pas à la lettre de change un effet sur la provision. Le droit français peut être cité comme ancêtre du droit belge; le droit néerlandais mérite une mention parce qu'il a consacré formellement un système absolument contraire à celui de la loi belge; le droit anglais, enfin, présente la curiosité qu'il mène de front les deux systèmes, en établissant une différence entre l'Angleterre et l'Irlande d'une part et l'Ecosse de l'autre.

En France, le système de la transmission domine dans la jurispudence, et Lyon-Caen et Renault développent longuement ses conséquences. Comme il n'y a pas de textes bien formels, je me contente de renvoyer à ces estimables auteurs. Je constate seulement que lorsque plusieurs lettres ont été émises sur une personne, qui n'a pas une provision suffisante, la jurisprudence française, sauf dans le cas d'affectation spéciale de la provision à une traite déterminée et dans le cas d'acceptation, suit *l'ordre des dates de création* des lettres en concours (1).

(1) Op. cit., IV, n°. 186.

Le législateur de notre pays a repoussé formellement le système de la transmission, consacré par la jurisprudence française (art. 110 c. de comm.).

En Belgique, au contraire, la loi de 1872 l'a admis pleinement, bien que la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique fût contraire à celle de la Cour française. L'art. 6, dont NAMUR (1) nous raconte l'histoire, a longuement réglé le droit exclusif à la provision, en distinguant entre le cas où la provision est d'un corps certain et déterminé et celui où elle est fournie en choses fongibles et en tenant compte des particularités de chacun de ces cas. A la différence de la jurisprudence française, la loi refuse de tenir compte de l'ordre des dates, elle statue qu'en cas de concours entre plusieurs traites acceptées et entre plusieurs traites non acceptées, *elles sont payées au marc le franc.*

En Angleterre, la loi (sect. 53) part du principe que la lettre, par elle-même, n'opère pas la transmission des fonds qui se trouvent chez le tiré, mais la sous-section 2 établit un système différent pour l'Ecosse. La loi uniforme américaine a seulement reproduit la première partie de la section 53 de la loi anglaise. Dans les Etats où elle n'est pas en vigueur, la question reste sous l'empire du droit local et des controverses qui s'y rattachent, controverses que DANIEL a longuement analysées (2). Au reste, tant la loi anglaise que la loi américaine disent que la lettre *par elle-même* (of itself) n'opère pas la transmission des fonds (assignment); des circonstances particulières peuvent faire admettre cette transmission.

---

(1) Op. cit., I, nº. 456 sqq.

(2) Op. cit., I § 15. CRAWFORD, op. cit., ad § 211 a. Conf. § 325 (chèque).

C. **Application du droit.**

La question, qui nous occupe, a dû frapper les auteurs par suite de son caractère pratique, et ce même caractère a donné lieu à des décisions judiciaires, importantes tout au moins pour établir les éléments de la question.

Pourtant, celui qui prend connaissance des opinions des auteurs et des décisions judiciaires doit être passablement embarrassé. On trouve toutes sortes d'opinions, souvent peu motivées. Cela tient un peu à la méthode classique. Les auteurs et les juges rangent en bataille les lois soi-disant en conflit, et, pénétrés de la nécessité de faire un choix, ils prennent la loi dont l'application choque le moins leur bon sens. Ainsi BROCHER (1) choisit la loi du domicile de l'accepteur ; WEISS celle du lieu de l'acceptation (2). LYON-CAEN et RENAULT (3), après avoir critiqué l'opinion de WEISS, se décident pour la loi du lieu d'émission. C'est aussi l'opinion de DIENA (4), qui ajoute que c'est celle de la majorité des auteurs et qu'elle trouve un puissant appui dans l'autorité de la cour de Cassation de France (5). VON BAR (6), après avoir dit que l'obligation de fournir une provision est régie par la loi qui gouverne l'émission, et l'obligation de l'accepteur par celle qui gouverne l'acceptation, ne veut admettre une transmission de la provision que lorsque cette transmission est admise à la fois par les deux lois. Je ne cite pas d'autres auteurs. On voit que malgré

---

(1) Revue *Rolin*, 1874, p. 28.
(2) Op. cit., IV, p. 442, et note 3 (auteurs et jurisprudence).
(3) Op. cit., IV, nº. 644.
(4) Op. cit., III, nº. 217.
(5) 6 Février 1903, Annales de *Thaller*, 1900, bull. judic. p. 276.
(6) Op. cit., II, nº. 313.

leur bon sens, il faut faire appel à son propre jugement pour se frayer une voie.

En réalité il y a, cette fois encore, une différence radicale dans l'appréciation de la nature des rapports juridiques, et cette différence ne permet pas de conclure à l'application universelle d'une loi. Par suite, on ne peut aboutir qu'à une solution dépendant jusqu'à un certain point du pays où la question se pose.

Le terrain des difficultés peut être restreint par la localisation du rapport qui nous occupe. Mais cette localisation elle-même est une chose délicate. Il ne suffit pas de localiser la lettre, il faut aussi localiser la provision. La transmission impose au tiré-débiteur un nouveau créancier, elle remplace le propriétaire d'un bien par un autre, et, par un procédé juridique, elle enlève aux autres créanciers du tireur leur gage, en faveur de celui qui a acquis, au bout du monde, un document qui peut même être muet sur la matière. D'un autre côté, il ne s'agit ici que de l'effet actif de l'endossement, de sorte qu'on peut négliger les lieux des divers endossements; la créance de l'endosseur aura pour mesure l'obligation de celui dont il se prétend créancier. Le rapport qui nous occupe sera localisé lorsque la lettre aura été tirée d'un pays sur ce même pays et lorsque la provision s'y trouvera lors de l'exigibilité de la lettre, c'est-à-dire lorsque le tiré y aura le centre de sa vie active ou lorsque le „corps certain et déterminé", qui peut former la provision, sera soumis de fait, par sa situation, à l'autorité territoriale. Le juge national et même le juge étranger appliqueront alors la loi locale, par suite du respect des droits acquis, qui s'impose sous cette face des relations juridiques. Si le juge écossais par exemple, se trouve avoir affaire à un ensemble de relations juridiques localisées en

Ecosse, il appliquera le droit écossais, et si un juge anglais se trouvait avoir juridiction et compétence dans les mêmes circonstances, il devrait aussi appliquer ce droit. Je pense que c'est à un cas de ce genre que von Bar, qui est pour moi le type d'un jurisconsulte de bon sens, a pensé.

Mais cela ne suffit pas pour la lettre internationale. Peut-on dire que la loi du lieu d'émission régira, avec une autorité universelle, le droit du porteur, quant aux poursuites à exercer, dans un autre pays, contre un tiré qui n'a pas accepté, ou qu'elle donnera un droit d'exclusion ou de revendication dans une faillite qui se liquide dans un pays étranger ? Les considérations, qui pourraient conduire à ce résultat, n'ont pas l'autorité d'un droit commun international. Force est de dire que la question ne se posera pratiquement que dans le pays où la provision est localisée et dont la loi opère, en principe, la transmission de cette provision ; et que le juge, *appréciant*, comme l'a fait la Cour de Cassation de France, *le caractère juridique de cette transmission*, ne l'admettra que si, dans les circonstance de la cause, il trouve des faits pouvant servir de base à l'application des règles légales qui opèrent la transmission. Si les faits sont négatifs, il n'y aura pas de transmission. Par suite de la discordance fondamentale des systèmes législatifs, on ne peut pas aller plus loin. On peut bien trancher le soi-disant conflit par le renvoi à une loi, comme Alexandre a tranché le nœud gordien, mais c'est faire l'aveu qu'on ne peut pas le dénouer alors qu'il n'y a pas accord sur la nature du nœud.

La difficulté ne disparaîtra que par l'uniformité du droit. Le moyen employé par le Congrès de Bruxelles (1888) et qui consiste à passer la question sous silence en la renvoyant au droit des faillites, n'est pas une solution universelle, mais à

tout le moins c'est un moyen pratique d'arriver à l'uniformité du droit de change proprement dit, en écartant les rapports collatéraux.

---

§ 101. *Observations sur les autres rapports collatéraux*

A. La lettre de change par ordre et pour le compte d'un tiers.

Dans la théorie de l'„emtio-venditio pecuniae absentis", la lettre de change par ordre et pour le compte d'un tiers est une lettre d'un genre tout particulier. Le tireur, en effet, vend au preneur la „pecunia absens" qui appartient à autrui.

Cela nous explique pourquoi les législations d'ancienne date s'occupent avec beaucoup de sollicitude de cette lettre et de la provision qu'elle comporte. Le code de commerce français croit devoir dire expressément que la lettre peut être tirée de cette manière (art. 111); il parle de la provision à fournir par le tiers (artt. 115, 116). Notre législateur est parti de la même idée (artt. 101 c, 106, 114, 122, 141, 143, 200 code de comm.); il a même cru devoir donner au porteur de la lettre protestée un recours contre le tiers, lorsque ce dernier a reçu la valeur (art. 200).

Au contraire, d'après la théorie qui sert de base à la loi allemande, le droit de change proprement dit ne subit aucun changement lorsque la lettre est tirée pour le compte d'un tiers. Il n'est pas nécessaire d'en parler. Le code suisse ne l'a fait que pour donner au porteur, par la procédure ordinaire, un recours contre le donneur d'ordre, jusqu'à concurrence du bénéfice que ce dernier aurait fait à ses dépens (art. 813 in fine).

Au fond, la différence est moins saillante que l'on ne serait tenté de le croire. D'après le code de commerce français (art. 116), comme d'après le code néerlandais (art. 106), le tireur pour compte est obligé par sa signature envers les endossés, et comme le tiers ne signe pas la lettre de change, il faut bien que celui qui l'attaque en justice soutienne sa demande au moyen du rapport collatéral qui peut exister, et le droit, régissant ce rapport, exercera une influence notable sur cette demande.

C'est pour cela que je passe légèrement sur la matière.

B. **Règlement d'une dette par le moyen d'une lettre de change.**

Il se peut qu'une personne débitrice d'une autre, par exemple l'acheteur qui doit au vendeur le prix de marchandises livrées à crédit, veuille, non pas précisément payer, mais *préparer un paiement* au moyen d'une lettre de change. Cela peut se faire de plusieurs manières. La plus simple est que le vendeur émette une traite sur l'acheteur, qui acceptera cette traite. Il y a alors *règlement par acceptation*. Il se peut aussi que l'acheteur fasse traite sur un tiers qui est son débiteur, qu'il indique le vendeur comme preneur et qu'il transmette la traite au vendeur. Il y a alors *règlement par émission*. Il est possible encore que l'acheteur se procure une traite quelconque, la fasse endosser à son nom ou en blanc, et la transmette par endossement ou remise de la main à la main à son créancier; il pourrait à la rigueur la faire endosser directement à ce créancier. Dans tous ces cas, il y a *règlement par endossement ou remise*.

On peut se demander quelle est l'influence du règlement

sur la créance primitive. La question est importante lorsque la créance primitive a des avantages, un privilège par exemple, que la créance cambiale n'a pas. On a soutenu, particulièrement dans le cas de règlement par acceptation, que la créance primitive est éteinte par *dation en paiement*, par *novation*, par *compensation* ou par *confusion* (1). Pour moi, aucun de ces modes d'extinction n'est applicable nécessairement et par lui-même. Il faut analyser raisonnablement la signification des déclarations échangées par ceux qui ont fait le règlement. Ainsi il est clair que le paiement régulier de la lettre éteindra la dette primitive ; le but du règlement est alors rempli. Il est certain aussi que le créancier de la dette primitive doit attendre l'échéance. On peut dire encore que celui qui a reçu la traite, même de la main à la main, s'est engagé raisonnablement à la présenter à l'échéance ; s'il est négligent, il répondra des suites.

Tout cela est sujet à controverse et il y a peu de textes. Notre législateur, dans l'art. 236 du code de commerce, qui se rapporte au droit de revendication (réclame, dit le texte) du vendeur, en cas de faillite de l'acheteur de marchandises livrées à crédit, refuse au vendeur ce droit de revendication lorsque l'acheteur a accepté un papier commercial pour la totalité du prix. La jurisprudence actuelle interprète cet article très restrictivement, sans vouloir admettre les autres conséquences d'une novation (2). Dans le même ordre d'idées, on peut tirer, de l'art. 6 de la loi belge, le principe que le tiré, en acceptant, se libère à l'égard du tireur-créancier. Au

---

(1) HELLMANN, *Die novatorische Function der Wechselbegebung*, München 1874. D'ABLAING, *De zoogenaamde schuldvernieuwing door wissels*, Leiden, 1874.

(2) MOLENGRAAFF, *Leiddraad*, p. 148.

congrès d'Anvers, le président, dans le but de concilier les deux systèmes opposés dans la question de la provision, a proposé et fait voter un article, destiné à régir la matière dans le système germano-italien, et statuant expressément: „*L'acceptation par le tiré le libère jusqu'à due concurrence envers le tireur*" (1). Je ne crois pas que cette disposition soit recommandable.

Il est aisé de se rendre compte, par ce qui précède, des difficultés de la matière. La question est magnifique, mais elle a sa racine plutôt dans les principes que dans les textes, et elle ne tient au droit de change que par un fil. Sa solution dépend, en grande partie, du droit qui régit le rapport collatéral. Je passe outre.

C. **L'enrichissement illégitime.**

Pour que le porteur d'une lettre de change puisse agir, sur la base d'un enrichissement illégitime, contre une personne qui n'est plus tenue en vertu de la lettre, il faut bien qu'il établisse des faits que la seule inspection de la lettre n'indique pas. Tout au plus peut-il y avoir un résidu de l'action de change, éteinte par déchéance ou par prescription.

Il y a ici quelques textes et ces textes présentent des différences, mais elles ne sont pas bien saillantes et les faits, qui déterminent l'enrichissement et qui lui donnent un caractère illégitime, sont bien ondoyants.

L'ordonnance allemande, dans son article 83, admet l'action d'enrichissement contre le tireur et contre l'accepteur, après l'extinction de leur obligation de change par déchéance ou prescription, en excluant cette action à l'égard des endosseurs.

---

(1) *Actes du Congrès* (1885) pp. 369 sqq., 381, 432.

Cette disposition est parente, morganatiquement, de la provision. Les meilleurs auteurs l'expliquent par un reste de vie que conserve l'obligation de change éteinte, ce qui donne à l'action un caractère quasi-cambial. Le code de commerce français, dans son article 171, parle d'une action analogue, pouvant même être intentée contre les endosseurs. Le code suisse, dans son art. 813, mentionne encore celui pour compte de qui la lettre a été tirée (1) et le tiers au domicile duquel la lettre était payable. Ces deux derniers, à ce qu'il me semble modestement (2), n'ont jamais été débiteurs en vertu du droit de change, dans le système du code fédéral.

On ne peut pas répondre d'une manière générale à la question de savoir quelle loi régit ici l'action d'enrichissement, illégitime. Il faut d'abord déterminer la nature de cette action, puis analyser les faits, qui forment l'enrichissement, pour arriver à dire s'il est illégitime. La libre appréciation du juge devra déterminer, tout particulièrement, si l'action est cambiale ou quasi-cambiale. Lorsque le juge croit devoir considérer l'action intentée contre le tireur ou contre l'accepteur d'une lettre domiciliée, par exemple, comme le résidu d'une action cambiale, il agira d'une manière parfaitement raisonnable en soumettant cette action à la loi qui régit l'émission ou l'acceptation ; cette loi déterminera alors si tel ou tel mode d'extinction, qu'elle établit, laisse subsister une dernière étincelle, capable de ranimer le feu. L'analyse des faits vient alors après celle de la nature de l'action. Mais si le juge refuse de reconnaître à

---

(1) Conf. art. 200 code de comm. néerlandais. KREIS, op. cit., p. 19, parle aussi de l'accepteur par intervention et du donneur d'aval.

(2) Conf. V. ROSSEL, *Manuel*, ad art. 813 nº. 1041.

l'action un caractère cambial, l'analyse des faits seule pourra le conduire à la conclusion que le défendeur s'est enrichi aux dépens du demandeur et que cet enrichissement est sans cause. J'aime mieux passer outre encore, en me réservant de parler plus tard de l'enrichissement illégitime considéré comme une source particulière d'obligations.

2ième GROUPE

LES AUTRES TITRES, SERVANT AUX MOUVEMENTS D'ESPÈCES

§ 102. *Subdivision de la matière*

Comme il a été dit, la différence entre ces titres et les titres de placement est plutôt économique que juridique, mais elle n'en est pas moins réelle et elle peut servir de base à une première division.

Il s'agit maintenant de subdiviser les titres servant aux mouvements d'espèces. La lettre de change est, sinon l'aïeule de tous ces titres, du moins leur type fondamental. Le billet à ordre s'en rapproche beaucoup, mais les lois de beaucoup de nations se refusent à reconnaître la filiation légitime de certains autres papiers. C'est surtout le chèque qui réclame son état.

Les titres, dont je vais m'occuper dans ce groupe, peuvent être à ordre ou au porteur; à la rigueur même, ils peuvent être nominatifs. Mais il vaut mieux ne pas prendre cette distinction comme base d'une subdivision. Il y a des papiers qui peuvent être tant à ordre qu'au porteur. De plus, les lois ne sont pas d'accord sur la faculté de mettre à ordre les papiers, qu'un texte exprès n'a pas déclarés endossables. Au risque de laisser dans l'ombre certains papiers, je ferai une subdivision pratique. Ce que le travail perdra en exactitude

théorique, il le gagnera sous d'autres rapports. Il n'y a d'ailleurs que peu de textes à comparer pour les papiers qui ne sont pas d'un usage courant.

Je commencerai pour parler du billet à ordre, par matière de transition. Il forme, dans notre groupe, le petit terrain relativement solide, qui permet de passer au terrain mouvant occupé par les autres papiers. Ce que la lettre de change implique sous son style de mandat, le billet à ordre l'exprime. Il y a, entre la lettre de change et le billet à ordre, des différences, parfaitement justifiées par les nuances de la promesse de celui qui les émet, et d'autres différences qui s'expliquent historiquement. J'aurais pu traiter en même temps, dans le premier groupe de cette partie de mon travail, de la lettre de change et du billet à ordre, mais j'ai préféré isoler la lettre de change, pour concentrer mon attention et pour pouvoir renvoyer, à ce que j'ai dit de la lettre de change, lorsque j'aurai à examiner, pour les autres papiers, des questions déjà élucidées pour cette lettre. C'est ainsi que je pourrai me contenter d'observations pour le billet à ordre.

Après le billet à ordre vient l'assignation, papier qui, par son signalement, ressemble à la lettre de change comme une goutte d'eau à une autre, mais qui, d'après certains systèmes, en différerait comme l'eau diffère du feu.

Puis se présente le chèque, qui transporte dans la vie pratique les dissentiments, un peu théoriques, attachés à l'assignation, et qui permet de se rendre compte de la difficulté, que rencontrent les projets d'unification du droit des papiers commerciaux de circulation, par le fait qu'il y a des dissentiments théoriques.

Enfin les papiers, servant aux mouvements d'espèces, et qui sont émis franchement au porteur, sous forme de mandat,

de promesse, de reçu, de bon, etc., feront l'objet d'une dernière catégorie.

---

§ 103. *Simples observations sur le billet à ordre*

A. **Esquisse de quelques éléments comparatifs**

a. *la place du billet à ordre dans les lois.*

Il y a quelques nuances, qui peuvent devenir importantes dans l'interprétation. Beaucoup de lois commencent par régler en détail la lettre de change, et se contentent, pour le billet à ordre, de renvoyer aux dispositions sur la lettre de change, avec ou sans indication de certaines différences. C'est ce qu'ont fait, entre autres, le code de comm. français, le code de comm. néerlandais, l'ordonnance allemande, le code fédéral suisse, la loi anglaise, etc. La loi russe a fait le contraire, elle met en avant le billet à ordre, plus usité en Russie que la traite, et procède par le moyen d'un renvoi et d'une énumération des différences lorsqu'elle arrive à la traite. Le code de commerce italien a réuni les deux titres (art. 251), tout en les distinguant l'un de l'autre.

b. *la forme du billet à ordre.*

Il y a ici des différences analogues à celles que nous avons constatées pour la lettre de change. Ainsi le code français exige, entre autres, l'indication de la valeur fournie (art. 188) que la loi belge ne demande plus (art. 84). L'ordonnance allemande (art. 96), le code suisse (art. 825) et le code italien (art. 251), entre autres, exigent la mention „billet de change' ou une expression analogue. Le code de commerce espagnol

(art. 531) unit les deux exigences. La loi anglaise (sect. 83) et la loi uniforme américaine (§ 320) permettent d'émettre le billet au porteur. Il est inutile d'allonger la liste.

Je rappelle que l'ordonnance allemande considère comme une lettre de change, et non comme un billet à ordre, le titre dans lequel le souscripteur se désigne comme devant payer lui-même *dans un autre lieu* (art. 6, *trassirt = eigene Wechsel*). J'ai déjà parlé de ce point. Un de nos bons auteurs a essayé de faire pénétrer cette idée dans notre législation, qui est muette (1).

c. *effets attachés aux signatures.*

Indépendamment des conséquences spéciales que certaines lois attachent à la qualité commerciale du souscripteur ou de l'opération d'émission, ces effets sont, en général, ceux des signatures placées sur une lettre de change, sauf en ce qui concerne l'acceptation, et ce qui s'y rattache, par exemple la provision.

Le billet peut être domicilié. Le code de commerce français, n'en a pas parlé parce qu'il a jugé inutile de le faire (2) ; la loi du 7 Juin 1894 a même fait disparaître les derniers mots de l'art. 632 du code de commerce (3). Notre code fait mention du billet domicilié (art. 208). Il en est de même de l'ordonnance allemande (art. 99). Quant aux effets du domicile, il y a une divergence assez notable. L'ordonnance allemande (art. 99) libère le souscripteur du billet domicilié (sauf application de l'art. 83) lorsque le porteur a négligé de faire protester le billet chez

---

(1) Kist, op. cit., II, ad art. 208, p. 273. Conf. Land, op. cit., p. 247 sqq.
(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., IV, nos. 536 sqq.
(3) Notice par M. A. Chaumat dans l'Annuaire de la société de lég. comp. 1895, p. 58.

le domiciliataire. Dans le droit français, qui n'a pas même édicté cette disposition pour la lettre de change domiciliée, il est difficile d'admettre cette conclusion. LYON-CAEN et RENAULT la repoussent absolument (1). Dans notre droit, la question est controversée (2). Dans tous les cas, l'article 118 de notre code de commerce est plus étroit que l'article correspondant de l'ordonnance allemande.

d. *le billet émis par un non commerçant ou pour une cause civile.*

Il y a ici tout un monde de questions. En réalité ces questions n'ont plus de raison d'être. La distinction, que certaines lois font sous ce rapport, entre le billet à ordre et la lettre de change, se rattache à des idées un peu arriérées. Quand il y a des textes, il faut obéir, mais bien des points sont controversés.

Il y a certainement des différences. Dans notre pays, je mentionnerai la contrainte par corps (art. 586 du code de proc. civile) et la saisie conservatoire (art. 304 du même code). Pour le droit français, il y a un texte en ce qui concerne la prescription (art. 189 code de commerce), texte supprimé dans la loi belge. L'art 187 du code de commerce français renvoie aussi aux dispositions des artt. 636, 637 et 638 du même code, qui se rapportent à la compétence commerciale.

La question de savoir si le billet à ordre est soumis aux dispositions de l'art. 1326 du code civil, particulièrement lorsque le souscripteur n'est pas commerçant et que le billet a une cause civile, est controversée en France. NOUGUIER affirme que l'article est applicable, LYON-CAEN et RENAULT le con-

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, nº. 537.
(2) Conf. KIST, op. cit., II, II, 3, pag. 279.

testent (1). En Belgique, NAMUR soutient encore l'affirmative, bien que la loi belge du 15 Décembre 1872 ait identifié la lettre de change et le billet dans l'art. 2 du code de commerce (2). Chez nous, MOLENGRAAFF (3) enseigne que l'art. 1915 du code civil est applicable au billet à ordre, émanant d'un non commerçant.

D'une manière générale, on peut dire que les dispositions des lois, portant que l'émission d'un billet à ordre n'est un acte commercial que sous certaines conditions, sont une mine féconde de controverses. Mais il n'y a aucune utilité à entrer dans ces controverses ; le droit international privé ne peut pas leur donner une solution.

B. **Application du droit.**

Les questions relatives à l'émission, à l'endossement et au paiement, que nous avons examinées pour la lettre de change, se présentent aussi pour le billet à ordre. Je ne suis pas disposé à donner au billet domicilié le caractère d'un titre soumis, en principe, aux lois du lieu de paiement, mais c'est un point qui a été examiné. La capacité et la forme exerceront sur l'émission du billet la même influence que sur celle de la lettre. Si l'écrit n'est pas conforme aux dispositions de la loi qui régit sa forme, il ne sera pas un billet à ordre. Les exceptions que l'on trouve dans les textes de certaines lois, par exemple dans l'art. 85 de l'ordonnance allemande, auquel l'art. 98 n°. 10 renvoie, viendront encore ici confirmer la règle. Le papier, qui n'est pas un billet à ordre par suite

---

(1) NOUGUIER, op. cit., II, 207. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., IV, 509.
(2) Op. cit., n°. 780.
(3) *Leiddraad b d. b. v. het Ned. Handelsrecht*, § 31.

d'un défaut de forme, peut avoir des effets par lui-même, mais il n'est pas possible de dire d'une manière générale quels seront ces effets.

Les incidents, qui ont été examinés pour la lettre de change, peuvent aussi se produire pour le billet, sauf naturellement ceux qui se rapportent à l'acceptation. On peut ajouter que l'émission du billet en plusieurs exemplaires est contraire à la nature du billet à ordre. Mais il n'y a pas avantage à reprendre tous ces incidents. Il en est de même des questions collatérales, qui peuvent exister entre le souscripteur et le preneur, entre l'endosseur et son endossé immédiat, entre le souscripteur et le domiciliataire.

Des questions, d'autant plus délicates qu'elles peuvent être controversées dans le droit étranger applicable, peuvent naître lorsque les effets du billet à ordre dépendent de la qualité commerciale du souscripteur ou de la cause commerciale du billet. Lorsque le billet est purement local-national ou local-étranger, la loi applicable n'est pas douteuse, bien que son application puisse être difficile. Assez souvent le billet aura ce caractère local. Le billet à ordre ne circule pas aussi facilement que la traite dans un pays étranger et le billet, domicilié dans un pays autre que celui de la souscription, n'est pas d'un usage courant, sans être absolument hypothétique. Dans tous les cas cependant, le billet, émis dans un pays pour y être payé, peut avoir une circulation internationale par la voie d'un endossement. La qualité du souscripteur et la cause du billet peuvent alors soulever des questions, qui, de quelque manière qu'on leur donne une solution, seront une cause de troubles profonds. La notion du „commerçant" et celle de „l'acte de commerce" sont assez faciles à définir au point de vue de l'économie politique, mais quand il s'agit

d'y rattacher des effets juridiques importants, on s'aperçoit que la division du travail dans le commerce a fait naître toutes sortes de professions et d'actes auxiliaires du commerce, qu'on ne peut pas toujours, sans tomber dans l'arbitraire, déclarer professions commerciales ou actes de commerce. La difficulté n'est qu'une question d'interprétation de textes lorsqu'il y a un texte applicable ; celui qui invoque contre une autre personne une règle de droit, qui suppose que cette dernière personne est commerçante ou qu'elle a fait un acte de commerce, doit établir que la personne ou l'acte ont cette qualité d'après une saine interprétation de la règle en question. Mais on tournerait ainsi dans un cercle vicieux lorsque l'applicabilité d'une règle dépend de la qualité. Il faut partir alors d'une notion indépendante d'un texte. Ici, pour ce qui est du souscripteur du billet international, il est rationnel de faire dépendre sa qualité commerciale de la loi du lieu où il a le centre de sa vie active, c'est-à-dire son établissement professionnel principal (1) ; la qualité personnelle se communiquera alors à l'acte professionnel émané de la personne. On ne peut pas renvoyer à la loi du lieu fiduciaire d'émission ; cela permettrait au souscripteur d'éluder une loi de protection. Nous avons vu déjà la même chose lorsqu'il s'est agi de la capacité. Le lieu effectif de la signature n'aura une certaine importance que si un texte applicable la lui donne. Mais ce n'est encore là que le premier degré des difficultés. Si le billet circule dans plusieurs pays, on peut se demander si un défaut de qualité du souscripteur originaire n'enlèvera pas au billet son caractère de titre cambial endossable, de manière à dégager les endosseurs garants. Comme il ne s'agit pas ici

---

(1) Asser, *Schets* III, § 1, p. 130. Diena, op. cit., I, n°. 5 sqq., n° 14. sqq. Traité de Montevidéo, art. 2.

d'une forme, reconnaissable par l'inspection du titre, il y a tout lieu de dire que le principe d'indépendance des signatures, qui se rattache à la confiance inspirée par le titre, couvrirait l'exception qu'un endosseur prétendrait tirer du défaut de qualité du souscripteur, mais un porteur, qui a compté sur la signature du souscripteur, peut être aisément, si j'ose m'exprimer ainsi, la dupe d'une loi étrangère. Heureusement que le cas sera rare par suite de la localisation de la circulation des billets. Je reviendrai sur ce point en traitant des autres papiers, qui, dans certains cas, à peu près hypothétiques heureusement, donnent lieu à des difficultés plus grandes encore, parce que la qualité de celui qui les émet ou la profession de celui qui doit payer déterminent certainement leur caractère.

Je m'arrête. Les dispositions légales sur la contrainte par corps, la saisie-conservatoire et la compétence commerciale se localisent d'elles-mêmes.

---

§ 104. *L'assignation* (*Anweisung*)

A. Considérations générales.

Une personne peut demander, verbalement ou par écrit, à une deuxième personne, de faire un paiement à une troisième personne. Lorsque cette demande se fait par écrit, le papier qui la contient ressemble à une lettre de change. Il se peut que la seule différence entre l'assignation (Anweisung) et la lettre de change consiste dans l'expression „lettre de change" „Wechsel" que ce dernier document doit contenir. Un seul mot modifie du tout au tout, alors, le caractère du papier.

Il y a là un motif de s'occuper de l'assignation. En effet, il y a des législations qui n'exigent pas que la lettre de change renferme l'expression „lettre de change", etc. Mais il y a plus.

L'assignation va nous montrer des divergences profondes dans les principes fondamentaux du droit de change. Ces divergences peuvent troubler profondément la sécurité des transactions dans la vie active internationale et constituer un obstacle sérieux à l'unification du droit.

Je ne veux qu'effleurer l'histoire et la théorie. Elles ne sont pas sans intérêt, mais ce n'est qu'après qu'on a reconnu qu'une loi est applicable à un papier, qualifié d'assignation, qu'il devient important d'examiner, à la lumière de l'histoire, les conceptions théoriques qui peuvent servir à interpréter cette loi. Je me garderai aussi de citer des textes du droit romain, et je ne mentionnerai que quelques auteurs. Ils sont vraiment trop.

L'assignation remplit à l'égard de la lettre de change le rôle relativement modeste d'une ombre. Lorsque la lettre de change apparaît comme une institution rigoureuse et sévère, voire abstraite et littérale, lorsqu'elle exige la „clausula cambialis", la „distantia loci", lorsqu'elle emporte l'exécution parée et la contrainte par corps, on voit apparaître un papier, moins rébarbatif, permettant les transactions sur place et remplissant jusqu'à un certain point quelques-uns des buts économiques de la lettre de change (1).

Mais quel est au juste le caractère du papier, dans lequel une personne demande à une autre personne de faire un paiement à une troisième? Les théories sont nombreuses et les travaux des auteurs, qui le plus souvent désignent les différents membres du personnel de l'assignation par des noms qui se ressemblent trop, ne sont pas parvenus à établir une opinion commune. Pour moi, j'éviterai au moins les appellations qui ont trop d'assonance. Je ne parlerai pas d'un

(1) G. Cohn. Dans le Manuel d'Endemann, III. § 451.

assignant, d'un *assignataire* et d'un *assigné*, mais d'un souscripteur, d'un receveur et d'un payeur.

Parmi les explications, qui ont trouvé la faveur la plus grande, je citerai particulièrement celle du double mandat, et celle du mandat unique accompagné d'un pouvoir. Il y en a d'autres, mais ces deux me suffisent.

D'après la théorie du double mandat, le souscripteur donne au payeur le mandat de payer au receveur, éventuellement à l'ordre de ce dernier, et il donne en même temps au receveur un mandat d'encaisser. D'après la théorie du mandat doublé d'un pouvoir, il y a bien entre le souscripteur et le payeur un mandat de payer, mais le receveur n'est pas mandataire, le souscripteur lui permet de toucher, lui en donne le pouvoir. G. Cohn, que je viens de citer et dont le travail est antérieur au code civil allemand et à la révision du code de commerce allemand, qui a eu lieu en 1897 (1900), enseigne que l'„Anweisung" peut avoir l'un ou l'autre de ces caractères (1).

Quand on déduit logiquement de l'idée du mandat, surtout du double mandat, les conséquences que cette idée comporte, on arrive réellement, en comparant la lettre de change à l'assignation, à des différences considérables. C'est l'eau et le feu. Le tireur d'une lettre de change garantit l'acceptation et le paiement; le souscripteur de l'assignation ne garantit rien au receveur, il lui permet d'aller toucher, ou bien il lui donne mandat d'encaisser, ce qui fait que le receveur a le devoir d'encaisser à l'échéance, sous peine de dommages et intérêts. Le mandat est révocable ; il finit par la mort, l'inter-

---

(1) Conf. Dernburg, op. cit., II^2, § 237. Cosack, *Lehrbuch des D. Burg. R.* I, § 151.

diction, la faillite ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. Les successeurs du receveur n'ont pas plus de droit que leur auteur, ils sont des mandataires substitués. Si la personne, désignée comme payeur, accepte le mandat, elle ne s'oblige qu'à l'égard de son mandant. Si l'assignation n'est pas payée, le mandataire, chargé d'encaisser, rend compte à son mandant du résultat infructueux de sa tentative ; en principe le refus de paiement n'a d'autre conséquence que de permettre au mandataire de demander le remboursement des avances et des frais, qu'il a pu faire, et si l'assignation constitue un moyen d'arriver au règlement d'une dette, existant entre le souscripteur et le receveur, cette dette reprend purement et simplement ses fonctions ; la tentative de règlement a échoué.

Dans le projet de révision du code de commerce, qui a été rédigé dans mon pays par une commission (1886), les conséquences indiquées sont acceptées en grande partie. Cependant, nous allons voir qu'en Allemagne l'assignation du code civil et celle du code de commerce ont un caractère particulier, qui les fait évoluer quelque peu dans la direction de la lettre de change, dont elles se distinguent cependant foncièrement. Mais surtout, nous allons constater qu'il y a des pays où le le titre, qui serait une assignation en Allemagne, est bel et bien une lettre de change, et d'autres où l'assignation ne se distingue de cette lettre que sous certains rapports. Je serai bref, parce que c'est le chèque, en somme, qui met au jour les suites pratiques de la divergence théorique. Mais je ne passerai pas l'assignation sous silence. Je la considère un peu comme une réaction de la vie pratique contre les théories des savants, je serais tenté même de dire que la théorie du mandat, dans cette matière, est le mal rongeur, né des exagérations de l'obligation abstraite et littérale, et qui finira par la dévorer.

B. Points saillants du droit comparé.

L'assignation était connue dans notre pays, particulièrement dans notre bonne ville d'Amsterdam, qu'on a pu appeler avec raison autrefois la caissière de l'Univers. Van der Keessel, dans ses *Theses selectae juris hollandici et zelandici*, parues en 1800, développe, dans l'esprit de son temps, les différences entre l'assignation et la traite (1). En 1838, le législateur, en rédigeant le code national destiné à remplacer le code de commerce français, s'est inspiré, ou du moins a cru s'inspirer, de l'ancien droit; il a réglé assez longuement l'assignation dans les artt. 210—220 du code de commerce. Ce papier diffère de la lettre de change quant à son signalement; il doit être payable dans le lieu même de son émission, ou bien, s'il est payable dans un autre lieu, il faut qu'il n'indique pas la valeur fournie ou la valeur en compte. Mais le législateur a-t-il voulu faire de l'assignation un mandat, double ou simple? Il y a d'excellents auteurs qui le prétendent. D'autres, et personnellement je suis de leur avis, le nient; ils ne voient, entre la lettre de change et l'assignation, d'autres différences que celles que la loi fait, différences dont les principales sont que le souscripteur ne répond pas de l'acceptation et que le receveur n'a de recours que contre son endosseur immédiat et contre le souscripteur. D'autres encore distinguent entre l'assignation, qui a été cédée à prix d'argent ou qui contient l'indication de la valeur

---

(1) Thèse 841: *Principalis differentia est, quod in cambio duplex celebretur negotium, emptio venditio inter remittentem et trassantem; quapropter in literis cambialibus adhibenda verba, quibus valor acceptus agnoscitur, et mandatum de pecunia solvenda inter trassantem et trassatum: quum contra in assignatione simplex intervenit mandatum pecuniae assignatario solvendae.*

fournie, et l'assignation ordinaire. C'est une belle controverse (1). Pour le droit international privé, je ne retiens que l'existence de l'assignation, titre non acceptable et avec un recours limité (artt. 214 et 219 C. d. C.).

En Allemagne, l'assignation a une longue histoire, que G. Cohn, entre autres, raconte en détail (2). L'ordonnance de 1848 n'a pas réglé l'assignation, mais, en exigeant pour la lettre de change une expression spéciale, elle a laissé subsister des papiers où cette expression fait défaut. Avant le code de 1900, l'assignation était régie par le droit particulier des Etats allemands (3), sauf pour ce qui était de l'assignation commerciale, définie et réglée, sous certains rapports, par le code de commerce uniforme. Depuis 1900, l'assignation ordinaire se trouve réglée par le code civil allemand, et le code de commerce, dans sa dernière rédaction, a simplement ajouté que l'assignation commerciale — l'assignation qui a pour payeur un commerçant — est susceptible d'endossement (§ 363 sqq.). Je ne songe pas à faire un commentaire sur la loi allemande, et je laisserai dans l'ombre la question de savoir si la loi est partie de l'idée du double mandat (4), mais je constate qu'elle repousse plusieurs conclusions que l'on peut, comme je l'ai dit, déduire logiquement du mandat. Ainsi le § 784 (j° 792) du code civil a réglé, dans un sens strict, les effets de l'acceptation, le § 790 a limité le pouvoir de

---

(1) Kist, op. cit., II, (1869) p. 280 sqq. Diephuis, *Handboek van het Ned. Handelsrecht*, § 35. Land, op. cit., §§ 55– 57. Molengraaff, op. cit., § 32. La liste pourrait être plus longue encore. La jurisprudence n'est pas tout à fait fixée.

(2) Manuel d'Endemann, III, § 451.

(3) Manuel cité. Loi sur la mise en vigueur du code de commerce (10 Mai 1897) art. 21.

(4) Dernburg, op. cit., II², § 237, iv.

révocation, et le § 791 dit que l'assignation ne perd pas son effet par la mort ou l'incapacité d'un des intéressés.

Dans le code espagnol, la libranza (art. 531 sqq.) dont la définition correspond à l'assignation (1) subit aussi l'influence du fait de la qualité des personnes; la loi parle de „libranzas à la órden *entre* commerciantes".

En Suisse, le mandat du concordat (2) était une lettre de change non acceptable. Le code fédéral n'a pas reproduit cette disposition, il déclare même nulle, comme engagement de change, la clause qui enlève au porteur le droit de demander l'acceptation (art. 736). Mais il a réglé, dans le titre du mandat (XIV), l'assignation ou délégation; de plus, dans les articles 838 et suivants, il parle des assignations, qui sans porter dans le contexte les mots „de change" et sans être qualifiées de chèques, sont néanmoins créées à ordre et qui répondent d'ailleurs aux diverses conditions essentielles, que l'art. 722 exige pour les lettres de change. Le code les assimile aux lettres de change, sauf les exceptions énoncées aux articles 841 (acceptation) et 842 (procédure et voies d'exécution) (3).

La loi belge du 20 Juin 1873 soumet, à un certain nombre des dispositions de la loi de 1872 sur les lettres de change, non-seulement les chèques, mais encore les bons ou mandats de virement, les accréditifs, les billets de banque à ordre, et généralement tous titres à un payement au comptant ou à vue sur fonds disponibles.

En France, depuis que la loi du 7 Juin 1894 a supprimé,

---

(1) La Serna et Reus y Garcia, Codigo de commercio, sur l'art. 558 du code ancien.

(2) Munzinger, *Motifs du projet du code de commerce suisse*, p. 388 sqq.

(3) Conf. Brocher, op. cit., II, n°. 255.

pour la lettre de change, la remise de place en place et que la loi du 14 Juin 1865 a réglémenté le chèque, rien ne s'oppose à ce qu'un papier, assimilé en général quant à ses effets à la lettre de change, serve à faciliter les paiements sur place. La clause de non acceptabilité, admise par la jurisprudence, fait naître un titre qui peut parfaitement tenir lieu d'un mandat de toucher et de payer, bien que ce soit en droit une lettre de change (1).

Dans les pays qui, comme l'Angleterre, n'ont pas fait de la lettre de change un titre où la forme emporte la substance, l'assignation se confond avec la lettre de change. La section 16 de la loi anglaise permet au tireur d'exclure ou de limiter ses obligations à l'égard du porteur, ce qui donne le moyen de faire d'une lettre de change un mandat de toucher.

C. **Application du droit.**

La distinction entre les relations juridiques locales et celles que nous avons qualifiées d'internationales va nous être ici d'une grande utilité. L'assignation, en effet, sera souvent locale parce qu'elle aura été émise dans le pays où le paiement doit se faire et qu'elle n'aura circulé que dans ce pays. C'est un peu l'idée que l'on a eue en Allemagne lorsque l'on a abandonné l'assignation, en 1848, aux législations particulières. Lorsque l'assignation est purement locale, locale-nationale ou locale-étrangère, l'application du droit local, national ou étranger, s'impose. Du reste, tous les intéressés ont dû s'y attendre, le titre n'a pas inspiré une confiance plus étendue que ne le comporte le droit local. L'application d'un droit étranger sera

---

(1) Lyon-Caen et Renault, IV, n°., 4 note 4; n°s. 99, 192.

même assez rare ; le plus souvent un procès se déroulera dans le pays où l'assignation est localisée.

Il se peut cependant que l'assignation soit émise d'un pays sur un autre ou qu'elle circule dans des pays divers par le moyen d'un endossement. Les complications habituelles de la circulation internationale peuvent alors se produire, mais elles prennent un caractère particulier par le fait qu'une pure formalité, l'omission d'un mot, modifie profondément le titre, de manière à le rendre non endossable et dépourvu de recours cambial, dans certains pays, alors que dans d'autres pays le même papier est une lettre de change ou à peu près.

La lettre de change internationale présente aussi ces questions de forme, mais ici elles sont tout spécialement une cause de trouble. De plus, il se peut que l'on ait à tenir compte de la qualité de commerçant, qui peut appartenir ou ne pas appartenir au payeur et au souscripteur.

Ainsi le papier émis en Angleterre sur l'Allemagne, dans les formes de la loi anglaise, et sans contenir l'expression lettre de change, devra être traité en Allemagne comme une lettre de change ; le papier émis en Allemagne sur l'Angleterre, dans la même forme, ne sera qu'une assignation, sauf à appliquer, s'il y a un endossement apposé en Angleterre, la section 72 (I*b*) de la loi anglaise. Pour ce qui est de l'endossement apposé, en Allemagne ou dans un autre pays, sur l'assignation émise en Allemagne, il faut bien admettre qu'il n'est pas apposé sur une lettre de change. Mais cette constatation négative ne suffit pas, le titre qui n'est pas une lettre de change sera autre chose, et cette autre chose peut dépendre du fait que la personne qui doit payer est commerçante. Heureusement, la question est plutôt cérébrale que pratique.

Comme ces questions se présentent, avec plus d'importance

pratique, pour le chèque, je n'insisterai pas ici. Je constate cependant qu'il y a ici une divergence qui a des racines profondes, et qui rend fort délicate l'unification future du droit.

---

§ 105. *Le chèque*

A. **Considérations générales.**

Je vais essayer de parler du chèque, au point de vue international, en toute simplicité et sans étalage d'érudition, en faisant surtout ressortir le mouvement général des législations vers un but encore un peu caché par les nuages. La question principale est celle de savoir si le chèque doit être considéré comme une variété de l'assignation, et par suite comme une institution foncièrement différente de la lettre de change, ou comme une variété de la lettre de change, distincte de cette dernière par son but économique plutôt que par son caractère juridique. Si cette dernière opinion est juste, il faut ou bien que le chèque devienne un second papier abstrait et littéral, dans les pays où la lettre de change a ce caractère, ou bien que le caractère abstrait et littéral disparaisse du droit de change. C'est demander beaucoup, mais il importe de jeter un coup d'œil sur la question. Devant cette question, les détails disparaissent.

Le chèque que j'ai en vue est le papier émis en style de mandat, le chèque-assignation ; quant au chèque-quittance, je m'en occuperai en traitant des papiers émis franchement au porteur. Je ne parle aussi que des chèques libellés en argent (1).

Le rôle économique du chèque est le produit des événements. Le chèque est né du dépôt de banque et sert à faciliter les

---

(1) *Zeitschrift f. d. Ges. Handelsrecht*, LVII, p. 54.

paiements, les virements et la compensation. Sur ce point il y a accord. Mais l'accord cesse quand il s'agit de couler dans une forme législative les règles que la pratique des affaires demande. Dans les pays où la loi n'est pas partie d'un droit de change littéral et abstrait, la codification est beaucoup plus simple que dans ceux où l'abstraction domine. Puis, outre les préoccupations doctrinales, il y a les susceptibilités du fisc. Le fisc, qui a frappé d'un droit proportionnel la lettre de change et les papiers dont le but économique est la grande circulation, est assez disposé à être moins rigoureux pour les papiers, dont le but économique est de faciliter les paiements et qui ont une circulation moins large et plus courte, mais il faut alors, au point de vue fiscal au moins, un signalement bien distinct de celui de la lettre de change. Il n'est pas bon que la science juridique soit „ancilla fisci".

B. Esquisse du mouvement législatif.

a. *Faut-il codifier le droit du chèque?*

La question est encore ouverte. On trouve des codifications, plus ou moins compliquées, dans un très grand nombre de pays, l'Angleterre, la France, la Belgique, l'Italie, les Etats scandinaves, l'Espagne, le Portugal, le Mexique, la République Argentine, le Japon, l'Autriche, etc., on n'en trouve pas dans l'empire d'Allemagne et dans notre pays. En Allemagne ceux qui se sont occupés de la matière ne sont pas d'accord; chez nous, il y a un projet, de date assez ancienne, qui n'a guère de chances. Il est curieux de constater qu'une institution juridique vivace, comme le chèque, se maintient dans un milieu, où la législation imparfaite aurait dû l'étouffer.

En Angleterre, le pays où pratiquement le chèque est né, le chèque est une lettre de change tirée à vue sur un

banquier (sect. 73 de la loi). C'est la qualité du tiré qui donne au papier son caractère distinctif. Il est soumis en général au droit de la lettre de change, sauf quelques nuances, qui se rapportent en partie au rapport collatéral entre le banquier et son client. Une particularité de la loi anglaise, particularité trop connue pour que j'insiste ici, est le barrage (crossing). La loi américaine (§ 321) définit le chèque dans l'esprit de la loi anglaise; son § 323 assimile la certification de la banque, sur laquelle le chèque est tiré, à une acceptation.

Dans notre pays, le chèque peut être une lettre de change à vue, s'il renferme une remise de place en place et s'il fait mention de la valeur fournie ou de la valeur en compte; il peut être une assignation, s'il répond au signalement de ce titre; si le tiré est un „caissier", dans le sens de la loi, (art. 74 c. d. c.) le papier sera assujetti aux dispositions légales formulées pour ce cas; enfin, s'il ne répond à aucun signalement légal, il ne vivra, pour ainsi dire, que par la grâce de la théorie. Et pourtant il vit, sans remuer les millions de milliards, comme son confrère américain, mais il vit. Le fisc le laisse tranquille; le papier à vue et le papier court sont soumis à un droit fixe (*f* 0.05).

En Allemagne, la loi sur le timbre (1869) libère de l'impôt les chèques, c'est-à-dire, dit la loi, (§ 25), les assignations sur l'actif à la disposition du souscripteur auprès de la banque ou de l'institut financier, qui sont chargés d'effectuer ses paiements. Cette définition n'est pas généralement admise par la science. Dans le droit allemand du XXième siècle, le chèque appartient au genre de l'assignation commerciale. Sous ce régime, le chèque réussit à vivre, sans avoir besoin d'abstraction littérale, et sans recours cambial. Cependant en Allemagne le mouvement continue; les nombreux articles,

qui dans les derniers temps ont paru dans la „*Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*", en sont la preuve, mais il ne m'est pas possible, ici, de raconter même en abrégé l'histoire de ce mouvement.

Dans beaucoup de pays le droit de chèque a été codifié, notamment en France par la loi du 14 Juin 1865, modifiée en 1874. Cette loi (en vigueur encore en Alsace—Lorraine sans les modifications de 1874 (1)) a été rédigée sous l'influence du droit anglais, avec des préoccupations fiscales. La loi belge du 20 Juin 1873 et le code de commerce italien (artt. 339—344) ont une réglementation plus simple encore. Ces trois lois sont d'accord en ce sens qu'elles n'exigent pas la mention „chèque" et qu'elles admettent le recours cambial. Cela est aussi l'esprit du code de commerce espagnol (artt. 534—545), qui s'est encore inspiré de l'Angleterre en réglant le chèque barré (cruzado) (2). Dans d'autres pays, par exemple la Suisse (art. 830), le Japon (art. 830), les Etats scandinaves (3) et l'Autriche (§ 2), la mention „chèque" est exigée et le chèque forme un titre régi par un droit spécial, que la loi autrichienne appelle „droit de chèque". La loi autrichienne est la plus récente (3 Avril 1906). Elle est rédigée avec le soin qui caractérise les lois et ordonnances d'un pays, qui compte tant d'hommes éminents dans son administration, et elle est la plus remarquable, même pour ceux qui, comme moi, ne sont pas partisans du système qu'elle suit. Les lois que je viens de citer admettent toutes un droit de recours contre

---

(1) Cosack, *Lehrbuch des H. R.*, § 58 in princ.

(2) *Rapport aux Cortes*, p. CXXIII, sqq.

(3) *Zeitschrift f. d. G. H.*, XLVII, p. 492 sqq.; XLVIII, p. 389 sqq. La loi danoise s'écarte, sous ce rapport, des deux autres lois. Ibid, XLVIII, pp. 396—397.

le souscripteur et les endosseurs ; la loi scandinave (norvégienne) (§ 7) et le code japonais (art. 535) parlent aussi du chèque barré, et la loi autrichienne s'occupe du chèque portant la mention qu'il ne doit être payé que par compensation (*Nur zur Verrechnung*, § 22).

b. *forme du chèque.*

La comparaison des législations entre elles, sous le rapport de la forme du chèque, a été faite avec soin, tout récemment encore, par Conrad (1). Fidèle à mon système, je ne relèverai que les points les plus saillants. En partie, la forme du chèque, comme celle de la lettre de change d'ailleurs, est dominée par la confiance que le papier doit inspirer au preneur. On peut expliquer, par le principe de confiance, les exigences relatives à la signature du souscripteur, à l'indication de la somme à payer, de la personne qui doit recevoir et de celle qui doit payer, de la date et du lieu d'émission, du lieu et de l'époque du paiement. Sous ce rapport, les législations peuvent être plus ou moins formalistes (2). Mais, après les exigences de forme, qui doivent permettre au preneur régulier de voir où, quand et combien il recevra, on trouve d'autres exigences, dominées par des préoccupations de deux genres, des préoccupations fiscales et des préoccupations doctrinales. Les premières sont certainement arbitraires et, à mon avis, les secondes le sont aussi, mais, en disant cela, je me heurte à l'opinion encore très généralement répandue. Je donne mon appréciation sans

---

(1) *Zeitschrift* LVII, p. 49 sqq.

(2) Code suisse, art. 830, 2°. (somme à payer en toutes lettres), 4°. (indication du mois et du jour en toutes lettres) ; code japonais (art. 530, 2 et 6) ; loi norvégienne, art. 1 ; loi autrichienne §§ 2—5 ; etc.

discuter. Il n'y a pas intérêt à distinguer avec précision entre les préoccupations fiscales et les préoccupations doctrinales ; d'ailleurs certaines exigences, la qualité passive du tiré (banque, banquier) et l'appellation „chèque" à insérer dans le titre, par exemple, portent à la fois l'empreinte des deux préoccupations.

La législation anglaise, déjà plusieurs fois citée, ne distingue le chèque de la lettre de change à vue que par la qualité du tiré, la „*passive Scheckfähigkeit*" des auteurs allemands.

D'autres lois ont des préoccupations nettement fiscales. Il faut bien que la lettre de change à vue se distingue du chèque, lorsque ce dernier est favorisé sous le rapport du timbre. C'est ainsi qu'il faut expliquer le soin des lois françaises du 14 Juin 1865 et du 19 Février 1874, qui veulent que la date du jour où le chèque est tiré soit écrite en toutes lettres et de la main de celui qui écrit le chèque. Dans la loi allemande sur le timbre, déjà citée aussi, les préoccupations fiscales dominent tout.

Les préoccupations doctrinales ont aussi pour but de permettre de voir, à première inspection, si l'on a affaire à une lettre de change à vue (à court délai) ou à un chèque. Cela est important lorsque la lettre de change a un caractère abstrait et littéral et le chèque le caractère opposé, ou encore lorsqu'il y a recours contre les endosseurs de la lettre et qu'il n'y a pas recours cambial pour le chèque, et surtout, lorsqu'on s'efforce de faire voir, par le titre même, que la lettre de change est un titre de crédit et le chèque un titre de paiement. Economiquement, cette dernière différence est réelle, mais autre chose est d'exiger que le papier en porte la trace. C'est cependant ce que font souvent les auteurs et les législateurs. L'exigence fiscale s'unit ici très bien à l'exigence

doctrinale. Ainsi Conrad (1) défend l'exigence d'une qualité chez le tiré pour éviter, d'un côté, que le chèque ne „dégénère" en titre de crédit, et, d'un autre côté, pour empêcher que le papier libre ne serve à éluder l'usage du papier timbré.

C'est surtout lorsque l'on soutient, dans les pays où les idées allemandes dominent le droit de change, que le chèque comporte un „contrat de chèque" et une provision préalable, que l'on doit songer à montrer tout de suite, dans le chèque, l'existence de ce contrat et de cette provision. C'est ainsi qu'il faut expliquer l'exigence d'une qualité chez le tiré (loi autrichienne, § 1), celle d'une allusion aux fonds disponibles (même loi, § 2 n°. 5). On a même voulu exiger l'emploi d'une formule imprimée ou d'un extrait de carnet pour montrer l'existence d'un rapport juridique entre le tireur et le tiré (2). On peut ranger aussi dans la catégorie des exigences, déterminées par des préoccupations doctrinales, mais un peu mélangées de fiscalité, celle qui veut que le titre porte la mention „chèque", de même que les dispositions qui prescrivent que le titre soit à vue (loi française, art. 1) ou qui excluent l'acceptation (loi autrichienne, § 8 ; loi norvégienne, § 8).

d. *prétendues différences fondamentales entre la lettre de change et le chèque.*

Il y a naturellement une différence fondamentale lorsque l'on admet que le chèque est une simple assignation et que partant le souscripteur ne répond pas du paiement sur la seule base de l'écrit (3), et aussi lorsque l'on soutient que le

---

(1) Loc. cit., p. 67.

(2) Dr. I. Funk, *Ueber die rechtliche Natur des Cheque* (Wien 1878) p. 13. Conrad, loc. cit., p. 91 sqq. Code de comm. argentin, art. 801 ; code de comm. mexicain, art. 555.

(3) Dernburg, op. cit., II², § 239 note 2. Cosack, *Lehrbuch des H. R.* § 58.

recours cambial n'a pas lieu pour le chèque (1). Mais ce sont là plutôt des conclusions doctrinales que des oppositions formelles dans les textes; dans le droit allemand positif elles tiennent au fait que le chèque est considéré comme une assignation.

L'acceptabilité n'est pas une différence fondamentale. La loi autrichienne (§ 8) l'exclut formellement ; la loi uniforme américaine l'admet non moins formellement (§ 323). En Allemagne, la possibilité d'une acceptation résulte du § 784 du code civil. En réalité, le fait est qu'un papier à vue ou à très bref délai ne comporte pas d'acceptation. Il n'y a rien de fondamental non plus dans la nécessité de tirer le chèque à vue ; le code de commerce italien (art. 340) permet un délai d'échéance de dix jours au plus. Je ne vois rien de spécial dans les délais de présentation — généralement plus courts que ceux de la lettre de change à vue — que les lois déterminent pour le chèque à vue ; ces délais sont arbitraires aussi bien pour le chèque que pour la lettre de change.

Les questions que la capacité, la légitimation et le paiement soulèvent en ce qui concerne la lettre de change, se présentent aussi pour le chèque (loi autrichienne § 20). Lorsque le chèque est acceptable et endossable, on retrouve encore pour le chèque les questions qui ont été posées et examinées plus haut ; il en est de même des questions attachées au faux, et à la perte du titre — si titre il y a. Les lois qui, sous ces divers rapports, ne renvoient pas aux dispositions faites pour la lettre de change, et qui ne veulent pas les régler expressément pour le chèque, sont obligées d'abandonner ces questions à la science.

Le chèque soulève enfin, et c'est là le point le plus délicat

---

(1) Cosack, ibid., § 58 VII et VIII.

et en même temps le plus curieux de la théorie du chèque, la plupart des questions que nous avons examinées, sous la rubrique des rapports collatéraux, pour la lettre de change. Il en est ainsi tout particulièrement du rapport entre le tireur et le tiré, qui est connu sous le nom de provision. Dans les pays du système français, cela n'a rien d'étonnant; si le chèque est une lettre de change légèrement modifiée, il comporte une provision comme son modèle. Mais il est assez curieux de trouver dans la science allemande, au XXième siècle, des idées que l'on croyait enterrées avec la provision, depuis 1848, et qui, comme de véritables revenants, viennent errer sur le terrain du chèque. Il s'agit du contrat de chèque (1) — spectre du contrat de change de POTHIER — de la provision préalable et disponible, de la pénalité à promulguer contre celui qui tire un chèque sans provision, voire même de la transmission de la provision et de la préférence à attribuer au porteur. Le chèque est une institution juridique trop jeune encore, pour que l'on puisse tirer de ce fait des conclusions définitives. Le XXième siècle fera-t-il rentrer sous terre ces revenants, ou bien auront-ils pour effet d'enlever à la lettre de change son caractère abstrait et littéral, de manière à rapprocher le droit allemand du droit anglo-américain, et le chèque sera-t-il le levier idéal de ce mouvement? Je ne voudrais pas essayer de le deviner; il me suffit de constater que les idées commencent à marcher.

Je constate ainsi, tout simplement, que, dans le droit du chèque, le rapport entre le tireur et le tiré joue un grand rôle, même dans les lois qui ne lui donnent qu'un rôle effacé

---

(1) Entre autres: L. KUHLENBECK, *der Check.* (Leipzig 1890) Theil. II. kap. II, § 3, kap. VI, § 1.

dans le droit de change. La pénalité, édictée contre celui qui tire un chèque sans provision, se trouve, non-seulement dans le droit français, mais dans le code suisse (art. 837), le code italien (art. 344), et le code japonais (art. 536), avec des nuances sur lesquelles il est inutile d'insister. La transmission de la provision, que l'on peut admettre dans le droit français et surtout dans le droit belge, existe, dans notre droit néerlandais, pour le seul cas, il est vrai, où le chèque est une assignation (ou une quittance) *sur un banquier-caissier dans le sens légal* (art. 226 c d. c.). Le droit anglais lui-même s'occupe de la révocation du chèque par la mort du client; (sect. 75) la loi autrichienne prévoit, outre cette question qu'elle résout dans un sens opposé (§ 12), le cas de faillite du client. Au reste, toute la question du chèque barré a plutôt trait aux rapports entre le banquier et son client.

Je crois qu'il est inutile d'aller plus loin.

C. **Application du droit.**

I. *quant à la nécessité d'une distinction.*

Ce que nous avons dit de l'assignation vient s'appliquer, et avec plus de force encore, au chèque. Le chèque nous présente non-seulement des divergences de principe, mais encore un enchevêtrement des relations, qui naissent de la confiance inspirée au public, et des relations qu'un rapport collatéral fait naître entre le tireur et le tiré, et qui ont pour base la confiance inspirée à une personne déterminée. Il importe de distinguer l'un de l'autre ces deux groupes de relations. Je m'occuperai d'abord des effets de l'émission et de l'endossement du chèque, et ensuite de la relation que, pour prendre le cas le plus usuel, j'appellerai le *contrat d'ouverture d'un compte de chèques.*

II. *quant à l'émission et à l'endossement d'un chèque.*

La question soulevée ici est celle de savoir si celui qui a émis le chèque garantit, par le seul fait de sa signature, le paiement au porteur, et si l'endossement produit les effets actifs et passifs de l'endossement d'une lettre de change. C'est surtout l'effet passif qui est important. Une différence de forme, ou plutôt de style, peut priver le porteur, en tout ou en partie, du recours que le droit commun international donne au porteur d'une lettre de change.

Le chèque se présentera souvent dans la pratique des affaires sous la face locale-nationale ou locale-étrangère. Cela sera le cas s'il a été émis dans un pays pour y être payé et s'il n'a pas eu une circulation internationale, dont le titre garde la trace. Le juge national ou étranger appliquera alors le droit local (1). Il est inutile d'entrer ici dans de nouveaux détails sur l'indication du lieu d'émission, et sur l'effet à attacher, à l'égard du public, à l'indication d'un lieu d'émission qui ne correspond pas au lieu réel de la signature. Il est inutile aussi de reparler de la capacité générale ou spéciale de s'obliger.

Mais le chèque peut être international, soit parce qu'il a été émis dans un pays pour être payé dans un autre, soit parce qu'il a eu une circulation internationale qui a laissé une trace sur le titre. Il importe alors de décider si le

(1) Tribunal d'Amsterdam, le 27 Juin 1895, Mag. de dr. comm. VIII, p. 136 et Cour d'Amsterdam (même affaire) le 22 Octobre 1897, Weekblad, nº. 7089. Il s'agissait d'un chèque au porteur, émis de Paris sur Paris, et acquis dans les Pays-Bas. Le Tribunal et la Cour ont appliqué à la substance de l'obligation du tireur l'art. 5 de la loi française de 1865. La Cour semblait disposée à repousser l'application du code de commerce français, en tant qu'il s'agissait de savoir, si celui qui a acquis, dans les Pays-Bas, un

titre est un chèque ou s'il ne l'est pas, et puis, ce qui est une autre question encore, quels sont les droits et les obligations attachés au titre. Ces questions sont les mêmes que celles que la lettre de change soulève, avec cette différence que le caractère de lettre de change entraîne certaines conséquences, qui font partie du droit commun international, alors que la nature du chèque n'est pas universellement reconnue.

La question de savoir si un titre est une lettre de change ou un chèque, dépend de la loi du lieu fiduciaire d'émission. Cette règle, pour moi, n'est pas l'application mécanique de la règle „locus regit actum'', mais la conséquence logique du principe de la confiance inspirée au public. Il en résultera que celui qui émet le chèque sera tenu, soit en vertu du droit de change, soit en vertu du droit de chèque, soit encore en vertu du droit de l'assignation, selon que le titre sera une lettre de change, un chèque ou une assignation.

Je constate, mais seulement comme une disposition du droit positif d'une nation, disposition qui s'impose au juge par suite de l'obéissance qu'il doit à la loi de son pays, la teneur de l'art. 9 de la loi française du 19 Février 1874, portant augmentation des droits d'enregistrement et de timbre. Cet article soumet, à toutes les dispositions législatives relatives aux chèques tirés de France, les chèques tirés hors de France et payables en France. Cette disposition, dominée par des considérations fiscales, comme le disent Lyon-Caen et Renault (1), se limite par ces considérations.

---

chèque au porteur, tiré de Paris sur Paris, possédait un droit absolu et abstrait, indépendant des relations entre le tireur et le premier preneur. Il n'y avait pas de textes nettement en opposition ; le caractère absolu et abstrait d'un titre au porteur forme une question d'appréciation.

(1) Op. cit. IV, n°. 658.

Le droit scandinave a aussi une disposition positive, d'une portée plus large encore, et qui est de nature à donner à réfléchir. La loi (§ 14 de la loi norvégienne) après avoir renvoyé, d'une manière générale, aux dispositions de droit international, formulées pour les lettres de change, dit que pour l'application de la loi sur les chèques, l'assignation libellée en argent devra être considérée comme un chèque, *si elle est conforme aux lois du lieu de paiement.* Sans aucun doute, le législateur a eu le désir d'éviter une nullité de forme, alors surtout que très souvent le chèque est émis dans la forme usitée au lieu de paiement. Mais malgré son intention louable, la formule me semble un peu prématurée. Elle ne sera à sa place que lorsqu'il y aura accord sur la nature du chèque, comme il y a accord sur la nature de la lettre de change. On peut alors se relâcher de la rigueur des formes, ainsi que certaines lois l'ont fait. Mais ici, alors qu'il s'agit de déterminer si le papier est une lettre de change, un chèque ou autre chose, on ne peut pas admettre une application alternative de deux lois sur la forme. Le titre peut être lettre de change d'après la loi du lieu de paiement, alors qu'il n'est qu'une assignation, civile ou commerciale, d'après celle du lieu d'émission. Il faut que le souscripteur soit tenu de garantir le paiement ou qu'il ne le soit pas. Je dois dire modestement que la disposition en question me paraît plutôt une cause nouvelle de troubles, qu'une solution universellement admissible dans l'état actuel du droit.

La question devient bien compliquée lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet des endossements. Pour la lettre de change, nous avons admis, une fois qu'il est établi qu'un titre est une lettre de change, l'indépendance des signatures, en ce sens que chaque endosseur répond du paiement dans la

mesure indiquée par la loi du lieu de l'endossement, visible ou déterminé par raisonnement. Mais ici, il s'agit avant tout de déterminer si le papier est un titre endossable avec effet passif. Pour cela il faut se reporter à la loi qui régit l'émission et la responsabilité du souscripteur. Si le titre, d'après cette loi, n'est pas endossable avec effet passif, aucun endosseur ne devra, en principe, la garantie. S'il est endossable avec cet effet, les endossants seront tenus, mais seulement en tant que la loi du lieu fiduciaire d'endossement les déclare garants, soit envers le porteur, soit envers leur successeur immédiat.

Je ne crois pas qu'on puisse pousser plus loin le principe de l'indépendance des signatures, en disant que chaque endosseur sera tenu si le papier, d'après la loi du lieu fiduciaire d'endossement, est un titre endossable avec garantie. De cette manière on impose à un endosseur une garantie plus étendue que celle qui résulte d'une interprétation raisonnable de la portée de sa signature, et de plus, on mélange toutes les lois en libérant les uns et en liant les autres. Il me semble aussi qu'il serait arbitraire de dire que tous les endosseurs seront tenus dans la mesure indiquée par la loi du lieu d'émission ou par celle du lieu de paiement. On fait alors une fiction de la confiance inspirée. L'unité dans la fiction donnerait sans doute au droit une grande certitude, mais on ne peut l'obtenir que par un accord international, et il vaut mieux alors s'entendre sur la nature du chèque, que maintenir des divergences de principe, masquées par un précepte mécanique d'application. En somme la question est du nombre de celles qui ne peuvent pas être résolues d'une manière satisfaisante par le renvoi à une loi, mais qui réclament impérieusement l'uniformité matérielle du droit.

III. *quant au contrat d'ouverture d'un compte de chèques.*

En donnant à ce contrat le nom qui lui convient, je crois avoir posé exactement le problème. Le contrat d'ouverture d'un compte de chèque doit être placé en dehors du droit de chèque proprement dit, comme la provision doit être placée en dehors du droit de change proprement dit. Tous les législateurs ne l'ont pas fait, mais le droit international n'est pas lié par leurs conceptions. Dans la pratique des affaires, il est vrai, le contrat de chèque, comme on dit, est intimement uni au chèque, comme le contrat de change est uni à la lettre de change, mais si les législateurs se sont laissé entraîner par des considérations pratiques, la science juridique peut distinguer ce qui doit être distingué.

Quelle est maintenant la loi qui régira les relations entre celui qui ouvre le compte (la plupart du temps ce sera un institut financier) et son client ? On peut commencer par dire que ce ne sera pas nécessairement la loi du lieu où le chèque est émis, ni même celle du lieu où il est payable, parce que le contrat en question est indépendant du chèque. Si l'institut financier et son client sont établis dans le même pays, la relation entre cet institut et son client sera locale ; s'ils sont établis dans des pays différents, le contrat sera obligatoire en vertu du droit commun international, et c'est par les circonstances qu'il faut déterminer quel degré de confiance chacune des parties a inspiré à l'autre. Le fait que le client charge l'institut financier de faire, dans le pays où cet institut est établi, des opérations attachées à la profession que cet institut y exerce, sera une de ces circonstances. En somme la question, mise au point, est celle que nous avons examinée en traitant de l'ouverture de crédit et du compte-courant.

En tant qu'il est possible de ramener à une loi les rapports entre l'institut financier et son client, on a résolu la question de savoir quel droit régit l'obligation de payer un chèque, les effets de la mort du client et de sa déconfiture, les conséquences du paiement fait de bonne foi et sans faute — je songe ici au chèque barré — à un porteur irrégulier ou au successeur d'un faussaire. Sans doute il serait très utile d'avoir un droit international uniforme sur tous ces points, et, dans un sens très général, on peut dire que ces points font partie du droit du chèque, mais ce n'en sont pas moins des rapports collatéraux indépendants de la confiance inspirée au public. Je me permets aussi de renvoyer à ce que j'ai dit plus haut en ce qui concerne la transmission de la provision, le règlement de dette, etc.

§ 106. *Titres au porteur, servant aux mouvements d'espèces*

A. **Considérations générales.**

Beaucoup de questions, soulevées par les titres au porteur spéciaux, dont nous parlons, sont encore du domaine de la théorie. Il y a peu de textes franchement en opposition. De plus les titres, servant aux mouvements d'espèces — par opposition aux titres de placement — et qui sont payables directement au porteur, n'ont pas une circulation internationale étendue ; ils sont trop périlleux, et l'on obtient le même résultat, avec bien moins de danger, en se servant de titres à ordre.

Pour être complet, je m'arrêterai un instant à chacune des nuances de style que peut présenter le papier au porteur en question. Il peut être émis en style de mandat, en style de promesse et en style indirect, dont le reçu (quittance, récépissé)

est la forme la plus remarquable. Je parle de style indirect parce que la quittance, destinée aux mouvements d'espèces, renferme une promesse masquée. En réalité la quittance, employée dans ce but, fait un peu violence au crédit.

B. Quelques points saillants de droit comparé

a. *papiers en style de mandat.*

En grande partie, je n'ai qu'à rappeler ce que j'ai dit. Il s'agit ici de modalités de la lettre de change, de l'assignation, et du chèque; le lecteur saisira tout de suite l'importance des questions.

Le papier au porteur en style de mandat peut être une lettre de change. La loi anglaise et la loi américaine l'admettent. La loi allemande au contraire, pour ne citer qu'un exemple, ne considère pas comme une lettre de change le papier payable au porteur. Indirectement le même effet peut être produit par une lettre émise à l'ordre du tireur lui-même et que ce tireur endosse en blanc, mais le titre n'en demeure pas moins un titre à ordre.

L'assignation peut être émise au porteur. Notre législateur (art. 222 c. d. comm.) le dit; il s'occupe même spécialement de la responsabilité incombant à celui qui émet une assignation payable *au porteur et à vue,* ainsi que de la provision, et même des rapports entre porteurs successifs. Si le tiré est banquier-caissier, dans le sens de la loi, il y a même préférence sur la provision (art. 226 c. d. c.). La loi s'est inspirée des anciens usages d'Amsterdam. Le code de commerce espagnol (art. 544) prévoit la possibilité d'émettre au porteur la „libranza". En Allemagne, le code civil ne parle pas d'une assignation au porteur. DERNBURG enseigne que l'assignation du code civil ne peut pas être émise au porteur; il ajoute que l'usage s'est introduit d'émettre des chèques

payables à une personne déterminée „ou au présentant" „oder Ueberbringer", mais que ce ne sont pas des titres au porteur; l'expression a pour but de faciliter la légitimation du receveur (Angewiesene) (1).

Le chèque, lui, peut être émis au porteur, en vertu du texte d'un grand nombre de lois, entre autres la loi française (art. 1[er]), le code de commerce italien (art. 340), la loi fédérale suisse (art. 832), le code de commerce japonais (art. 530, n°. 4) etc. etc..

b. *papiers en style de promesse.*

ba. émis par des particuliers ou des institutions particulières.

Le législateur néerlandais (art. 227 c. d. c.) permet d'une manière générale l'émission de promesses au porteur, libellées en argent. Il s'occupe du délai dans lequel le paiement doit être demandé, en distinguant même entre la promesse au porteur payable à vue et la promesse au porteur payable à échéance déterminée; il parle du recours à exercer contre le souscripteur et contre un porteur précédent, ainsi que de la prescription (art. 229). Les dispositions en question ne sont pas applicables aux billets de banque, régis par une loi spéciale.

En Allemagne, le code civil a consacré un titre (II, 22) aux papiers au porteur de tous genres. Mais le § 795 défend d'émettre en Allemagne, sans autorisation légale, un titre qui renferme la promesse du paiement d'une somme déterminée au porteur. Le § déclare nul le titre émis en contravention, en ajoutant que le souscripteur est tenu de réparer

---

(1) Op. cit. II2, § 237 note 6, § 239. Cosack, *Lehrb. des H R.*, § 58.

le dommage, que le fait de l'émission a causé au porteur (1). L'émission a été déclarée punissable par l'art. 34 de la loi sur la mise en vigueur du code civil, qui a ajouté un § 145*a* au code pénal.

Le droit anglais (sect. 83 de la loi de 1882) admet pleinement la promesse au porteur. Il en est de même du droit américain (§ 320). Le code de commerce espagnol, dans son article 544, vise les „*vales y pagarés*" au porteur. Les dispositions du code fédéral suisse sur les titres au porteur (XXXII) sont générales également ; l'art. 858 vise spécialement les billets de banque, ou autres titres au porteur, émis en grande quantité, payables à vue et représentant par eux-mêmes une valeur déterminée. En Italie, la pleine liberté d'émettre des titres au porteur a fait l'objet de controverses ; VIVANTE dit qu'elle est aujourd'hui généralement reconnue (2).

bb. émis par des institutions publiques ou autorisées.

Il serait intéressant sans doute de comparer entre elles les législations en ce qui concerne les billets de banque proprements dits, tant en ce qui concerne les conditions de l'émission qu'en ce qui a trait aux rapports de droit privé, attachés à un titre, qui inspire généralement une confiance telle que le public l'accepte comme si c'était de l'argent. Mais cette comparaison porterait plutôt sur le terrain de l'économie politique que sur celui du droit ; d'ailleurs, les règles de droit, que les législations ont formulées, ont un caractère local tellement prononcé, que la comparaison peut être considérée comme inutile pour l'application du droit.

---

(1) DERNBURG, II[1], § 148.
(2) Op. cit., III, n[0]. 1431.

c. *papiers en style de reçu.*

La quittance se rattache au chèque par la manière dont on peut s'en servir. Le fait de remettre à une personne une quittance par laquelle on reconnaît avoir reçu d'un tiers une somme d'argent, permet à cette personne de toucher les fonds chez le tiers, qui paiera s'il est en compte avec le souscripteur et s'il peut porter sur ce compte le montant de la quittance. En fait, il y a pouvoir de recevoir et pouvoir de payer, sinon un double mandat. Le papier est au porteur par sa nature même, il faut le fausser pour le mettre à ordre (1).

En France, avant la loi sur les chèques, le récépissé, à ce que disent LYON-CAEN et RENAULT, était d'un usage fréquent (2). Il paraît être encore quelque peu un usage et les auteurs cités mentionnent des décisions judiciaires, relatives pour la plupart à la question de savoir si le porteur a un droit sur la provision. Mais le chèque en style de mandat a dû détrôner le récépissé.

Notre législateur a cru devoir régler, au milieu des titres aux porteurs servant aux mouvements d'espèces, la quittance, au moins lorsque la personne, indiquée indirectement comme devant payer, est chargée de garder les fonds du souscripteur et de faire des paiements pour lui, ce qui suppose que le souscripteur a inspiré au public la confiance que le paiement aurait lieu. Dans cet esprit, la loi a réglé la garantie due, tant par le souscripteur que par un porteur qui a donné le papier en paiement (artt. 222—225 c. d. c.). C'était l'ancien droit d'Amsterdam. VAN DER KEESSEL, dans ses „Theses selectae" (n°. 847) dit en propres termes :

---

(1) CONRAD, loc. cit., pag. 88, note 98.
(2) Op. cit. IV n°. 546 sqq., n°. 598 sqq.

„*In apochis tamen, quae in argentarios scribuntur, Am-*
„*stelodami jus est, ut ab ipso creditore susceptae, intra*
„*decem dies, a tertio traditae intra triduum sint exigendae,*
„*aut fides ab eo, qui eas tenet, argentario habita esse cen-*
„*seatur*".

On peut expliquer ainsi comment la loi en est arrivée à établir un recours limité contre le souscripteur (art. 222 j° 229 c. d. c.) et même un recours entre porteurs successifs; mais la confiance inspirée ne saurait avoir qu'une portée locale.

Je ne mentionne qu'en passant la disposition du § 370 du code civil allemand (ancien art. 296 du code de commerce), qui présume, en général, un pouvoir de toucher lorsqu'il y a présentation d'une quittance.

En somme, de tous les papiers que nous venons de passer en revue, c'est encore la quittance qui se prête le moins aux transactions internationales. Son style l'oblige à circuler sur place.

C. **Application du droit.**

En ce qui concerne les papiers au porteur, émis en style de mandat, nous ne pouvons que renvoyer à ce qui a été dit, en constatant encore une fois l'état peu satisfaisant du droit. Le titre sera lettre de change, assignation, chèque ou à la rigueur papier irrégulier, selon le signalement donné par la loi qui régit son émission, et cette circonstance influera sur la garantie due par le souscripteur et même, éventuellement, sur les rapports entre les porteurs successifs. Si le juge peut arriver après coup à déterminer la loi applicable à chaque rapport, le public peut éprouver toutes sortes de surprises.

Les papiers au porteur, émis en style de promesse, ainsi que ceux qui présentent une promesse déguisée, sous le masque d'un reçu, se localisent plus facilement. Ils sont payables, normalement, dans le pays et même dans le lieu de leur émission ; on conçoit bien qu'une promesse au porteur puisse être domiciliée, mais son domicile ne se trouvera guère dans un autre pays, parce que le transport est trop dangereux. De plus, si la promesse au porteur circule dans un pays étranger, et revient dans son pays natal, la trace de cette circulation se perd. On peut donc dire, en ce qui concerne la substance de l'obligation que le souscripteur s'impose, qu'elle est régie par la loi du lieu fiduciaire où les titres sont émis. Un rapport entre deux porteurs successifs, basé sur le seul fait de la remise, ne pourra être admis que si la loi locale le reconnaît, et si les deux porteurs ont leur établissement professionnel ou leur domicile dans le pays où cette loi locale est en vigueur. Ce rapport repose, sinon sur une fiction légale, du moins sur des usages locaux, consacrés par une loi locale. Il n'y a pas nécessairement une confiance inspirée ; les circonstances seules peuvent justifier la conclusion qu'un porteur a entendu garantir le paiement à un porteur subséquent.

Quant aux billets de banque, ils ne cessent jamais d'appartenir à la vie locale d'un pays. La confiance qu'ils inspirent, à un porteur quelconque, est déterminée, et il n'y a pas de rapport juridique nécessaire entre deux porteurs successifs. Sans doute le billet de banque franchit la frontière à l'occasion. Le touriste ne craindra pas d'emporter, comme pécule de voyage, des billets d'une banque de son pays, si la réputation de cette banque est universelle, mais le billet atteint alors le maximum de sa valeur fiduciaire, il tient de monnaie.

Un homme prudent emportera plutôt une lettre de crédit.

Avant de passer aux titres de placement, qui sont souvent émis au porteur et dont les législations modernes s'occupent de plus en plus, je veux faire une observation. J'ai considéré les titres au porteur, jusqu'ici, comme des titres auxquels un droit de créance est attaché, par suite de la confiance inspirée au public, et j'ai laissé de côté la question de la propriété du titre, considéré comme un bien meuble. Je sais bien qu'il y a tout au moins un certain parallélisme entre la créance et la propriété, et que mon travail serait incomplet si je voulais le borner rigoureusement au droit de créance, mais j'aime mieux traiter cette question de la propriété dans la section consacrée aux titres de placement, titres qui ont une vie bien plus longue que celle des papiers servant aux mouvements d'espèces, et qui sont plus exposés au vol, à la perte et à la destruction. C'est à ces derniers titres que les législateurs ont surtout pensé.

3ième GROUPE

LES TITRES DE PLACEMENT (FONDS PUBLICS)

§ 107. *Considérations générales et division de la matière*

J'ai indiqué plus haut pourquoi j'ai cru devoir former un groupe spécial des titres de placement. Ces titres ne se distinguent pas radicalement de ceux qui servent aux mouvements d'espèces, mais la différence dans le but économique est suffisamment grande pour qu'il y ait lieu de les examiner séparément.

Dans le recueil de caricatures relatives aux banques de Law et à la crise financière de 1720, recueil qui est intitulé : „Le grand miroir de la Folie", un auteur, comparant le XVIIIième siècle aux siècles précédents, l'appelle : „notre siècle de papier". Cette dénomination nous fait sourire. De nos jours, le papier, matière des titres de placement, a pris un développement tel que le siècle de John Law nous paraît un faible débutant. Les Etats ont usé largement, abusé même, de la faculté d'émettre des titres. Les compagnies particulières ne sont pas restées en arrière. Aujourd'hui, les titres forment une partie notable de la fortune privée et de la dette publique. On ne peut plus dire „vilis mobilium possessio", au moins dans la science du droit.

Mais le développement économique des titres de placement est beaucoup plus avancé que la codification du droit qui

doit les régir. Cette codification est le plus souvent singulièrement incomplète dans les droits nationaux, et la circulation internationale accentue cet état de choses. Il est vrai que dans le travail actuel je n'ai pas à faire un traité systématique de nos titres ; il me suffit de relever les points saillants dans les textes, dans le seul but d'enchaîner mon imagination. Mais il importe cependant, avant de faire un choix dans la masse des matières, d'indiquer, en quelques lignes, les grandes questions qui donnent lieu à des controverses placées au-dessus des textes. Ces controverses exerceront une grande influence sur le droit que le juge appliquera dans un cas déterminé, selon le parti que le juge croira devoir prendre, mais il est impossible de régler d'avance cette influence. C'est pour cela que je me permets de soulever, du bout des doigts, des matières du plus grand poids.

Je rappelle d'abord ce qui a été dit au sujet de la source des obligations attachées à des titres. Faut-il les classer dans la catégorie des obligations *conventionnelles*, en supposant que le souscripteur a conclu une convention avec le premier preneur, au profit des successeurs de ce dernier, convention qu'au besoin le droit admettra par fiction, dans l'intérêt des tiers ? Faut-il dire, au contraire, que l'obligation naît par *création*, et que la volonté, qui s'emprisonne dans un papier par un acte unilatéral, est suffisante pour faire naître une obligation ? Cette question est plus aiguë pour les titres de placement que pour les autres, parce qu'on découvre facilement, souvent même par les termes du titre de placement, qu'il y a eu quelque chose comme un contrat de société (actions) ou un contrat de prêt (obligations). Pour moi, tout en rendant hommage aux savants, qui se sont mis à la tête des partis opposés, j'ai rejeté les deux données, pour admettre que

l'obligation attachée aux titres de placement dérive, comme pour les autres titres, d'un appel à la confiance publique, auquel la loi, *consacrant une exigence de l'ordre raisonnable de la vie active*, attache une obligation envers celui qui a acquis le titre régulièrement et de bonne foi.

Une deuxième question vient ensuite, question qui n'est pas moins difficile à résoudre. L'obligation qui naît de ces titres est-elle *abstraite et littérale* ? La raison de douter, pour ceux qui admettent l'existence d'obligations abstraites et littérales, et qui considèrent la lettre de change comme le type de ces obligations, est la visibilité de la cause primitive, dans la plupart des titres de placement. Pour moi, j'ai refusé d'admettre l'obligation abstraite et littérale. La confiance, inspirée directement, par le souscripteur, au porteur régulier et de bonne foi, suffit pour pouvoir dire que le souscripteur ne peut pas opposer, à ce porteur, l'absence de cause ou les relations que le souscripteur a pu avoir avec un porteur précédent.

Puis vient, question non moins grave, celle du rapport entre le droit *relatif* de *créance*, attaché au titre, et le droit *absolu* de *propriété*, dérivant de l'acquisition ou de la possession du document matériel. La propriété est-elle la base du droit de créance ou y a-t-il seulement un certain parallélisme entre la propriété et la créance ? Pour moi, je suis partisan de cette dernière opinion Je pense que la propriété et le droit de créance se développent parallèlement, parce qu'ils dépendent tous deux de l'acquisition faite de bonne foi, dans l'ordre régulier des transactions de la vie active. Mais je ne voudrais pas dire que cette règle soit écrite dans toutes les législations ou qu'on puisse l'admettre partout en interprétant les textes.

A ces trois questions vient s'ajouter une quatrième, qui

se combine avec les trois autres de manière à produire des controverses nouvelles entre ceux qui ont pris le même parti dans une controverse précédente. C'est surtout cette circonstance qui me conduit à ne pas essayer d'élaborer un système général des titres de placement, au point de vue du droit international. Je vais tâcher de m'expliquer brièvement; j'en ai trop dit pour pouvoir me taire.

En principe, on peut concevoir les titres de placement comme des titres *nominatifs*, transmissibles par transcription; comme des titres *à ordre*, transmissibles par remise avec endossement; et comme des titres *au porteur*, transmissibles par simple remise. Toutes les législations n'admettent pas pleinement les trois types de cette distinction. En Allemagne, on est disposé à admettre que les seuls titres endossables sont ceux que la loi déclare tels, et la liberté d'émettre des titres au porteur, bien qu'elle existe, n'est pas absolue. Mais enfin, on peut concevoir les trois types en question.

C'est alors que les controverses s'entassent sur les controverses.

Faut-il admettre la même source — convention, création, autre source — pour l'obligation qui naît de chacun des trois types? Si l'on soutient que l'obligation, attachée au titre au porteur, naît de la confiance inspirée au public, faut-il dire la même chose du titre à ordre et surtout du titre nominatif? Pour moi, je suis tenté de le dire, mais je n'oserais pas affirmer que le droit positif de tous les pays soit déjà aussi avancé.

Si l'on prétend que l'obligation, qui provient d'un titre au porteur, est abstraite et littérale, on n'aura pas grand' peine à se représenter le caractère abstrait et littéral des titres à ordre, mais peut-on aller jusque-là pour le titre nominatif,

qui porte sur sa face l'étiquette de sa cause? Pour moi, qui ai une certaine horreur de l'abstraction, la chose n'est pas particulièrement embarrassante, mais il n'y a pas encore de droit commun.

Il n'y a pas non plus apparence d'un droit commun en ce qui concerne le rapport entre la créance attachée au titre et la propriété du titre considéré comme un bien mobilier. Pour les titres au porteur, sans doute, on peut admettre la règle: „en fait de meubles possession vaut titre", règle proverbiale qui soulève d'ailleurs, avec les exceptions qu'elle peut comporter, plus de controverses qu'elle n'a de mots. Mais peut-on aller aussi loin pour le titre à ordre, en généralisant ce que l'ordonnance allemande sur les lettres de change, entre autres, dit de la lettre de change dans son article 74? Cela reviendrait à dire: „*en fait de titres à ordre, possession* (de bonne foi) *avec endossement vaut titre*". Soit. Mettons qu'on puisse le dire (1). Mais alors il reste un troisième pas. Osera-t-on dire pour le titre nominatif: *possession* (de bonne foi) *avec transcription vaut titre?* La chose n'est pas autrement effrayante. Le système positif de la transcription des immeubles par l'autorité publique tend assez bien à cette conclusion, et la circonstance que la transcription des titres nominatifs ne se fait pas toujours par une autorité publique ne forme pas un obstacle insurmontable, mais le droit codifié ne peut pas toujours être interprété dans ce sens, et il n'y a pas encore de conviction commune des Etats.

De cette manière, je crois avoir expliqué suffisamment pourquoi je m'abstiens de formuler un système général des titres de placement, destiné à servir de matériel comparatif

---

(1) Dernburg, op. cit. II[1], § 144; § 147.

pour le droit international privé. Un bon bourgeois d'Amsterdam, qui vit dans une maison bâtie sur pilotis, n'aime pas à construire sur un terrain mouvant. Je me contenterai de deux questions, qui me présentent des points saillants de comparaison assez solides pour que je puisse affronter les controverses que je rencontrerai. La première est celle des rapports entre l'établissement, qui émet les titres, et le titulaire. Dans cette question, la distinction entre les titres au porteur et les autres titres ne me gênera pas. La seconde est celle de la perte et du vol des titres au porteur. Quant à cette dernière question, je me borne aux titres *au porteur*, mais c'est prendre le taureau par les cornes, car il est évident que c'est pour les titres au porteur surtout que la question est à la fois pratique et grave au dernier point.

Il y aurait encore une troisième question, celle des rapports entre les divers porteurs de titres émis en masse. Mais les obligations qui peuvent naître de cette communauté d'intérêts appartiennent à une autre catégorie, dont je m'occuperai plus tard.

---

§ 108. *Rapport entre l'établissement, qui émet les titres, et le titulaire*

A. **Points saillants de comparaison.**

a. *Titres émis par les Etats et les corporations de droit public.*

Ces titres forment une catégorie très importante, mais il n'y a pas grand intérêt à comparer, au point de vue du droit international privé, les dispositions qui les régissent. D'abord parce qu'il est clair que ces dispositions sont précisément faites pour régir les titres auxquels elles se rapportent.

Le juge national les appliquera par suite de l'obéissance qu'il doit à la loi de son pays.

Quant au juge étranger, la question dominante est la question de juridiction. Si l'on admet que cette juridiction existe, ce qui est assez douteux, on doit aboutir à la conclusion que la loi de l'Etat, où le titre a été émis, détermine exactement la confiance que le titre a dû inspirer. On peut avoir alors des questions délicates à résoudre lorsque la loi a été modifiée après l'émission, mais, pratiquement, on ne s'adressera guère à un juge, dont la sentence ne peut être exécutée que dans des circonstances extraordinaires. Dans tous les cas, la question de juridiction et d'exécution dépasse les bornes du droit privé.

Lorsque le titre est nominatif et se compose d'une inscription dans un grand livre de dette publique, la localisation est encore plus nette, parce que le livre est tenu par des fonctionnaires.

Il n'y a pas non plus à s'occuper ici des impôts dont l'Etat peut frapper les titres en question.

b. *actions et obligations émises par des institutions particulières.*

La distinction entre les actions et les obligations est de droit commun international. On peut l'établir nettement, bien que la nature des titres soit controversée.

Ceux qui veulent faire des titres en question des documents, constatant l'existence d'un contrat, diront que l'action constate un contrat *d'association* et l'obligation un contrat de *prêt*, et ceux qui partent de la théorie de la création devront remplacer le contrat par un acte unilatéral. Pour moi, sans entrer dans ce débat, je dirai simplement que les deux titres diffèrent sous le rapport de la confiance qu'ils inspirent. L'action, indépendamment des autres avantages qui peuvent

être attachés à la qualité d'actionnaire, a pour but principal de procurer au titulaire des prestations, qui représentent une participation aux bénéfices d'une entreprise; l'obligation a pour but principal de permettre au titulaire d'exiger des prestations dérivant de la qualité de créancier d'une somme déterminée, dont une entreprise se déclare débitrice. On peut aussi concevoir des titres mixtes, des obligations qui assurent au créancier de la somme, qu'ils représentent, au lieu d'intérêts, une participation aux bénéfices. Cela ne détruit pas la distinction. En somme, pratiquement, malgré les divergences théoriques, il y a accord sur les diverses nuances de la confiance inspirée et sur le rapport qui existe entre la confiance inspirée et la substance des obligations attachées au titre.

Les dispositions légales sur l'émission des actions se trouvent généralement dans les lois sur les sociétés. Les législations présentent sous ce rapport les particularités, dont l'esprit a été indiqué plus haut, dans la partie consacrée aux contrats d'association. Il y a un très grand intérêt à comparer les législations sous ce rapport. Les lois ont voulu donner des garanties au public, qui entre en relation d'affaires avec les sociétés. C'est ainsi qu'elles ont interdit, le plus souvent, l'émission d'actions au porteur non libérées, ou qu'elles ont réglé la responsabilité des titulaires d'actions nominatives non libérées. Le code de commerce allemand (art. 222) permet de rendre transmissibles par endossement les actions de sociétés anonymes. Très souvent, les lois ont voulu protéger les intérêts du public, auquel on offre des actions, ceux de la minorité des actionnaires ou même les droits individuels d'un seul actionnaire. Il peut y avoir encore des actions de diverses sortes, des actions priviligiées, des actions d'apport,

des actions de jouissance, etc. Des parts de propriété dans les mines, dans les navires, etc., peuvent être représentées par des actions. Plusieurs lois s'occupent d'une ou plusieurs de ces variétés. Mais si la comparaison des lois à ce sujet forme un objet d'étude des plus intéressants, il n'y a pas lieu de pousser cette étude très loin dans un travail consacré au droit international privé. La constatation de l'existence de différences suffit pour donner un caractère pratique à la question du droit applicable. Outre les lois d'ailleurs, il faut consulter les actes d'association et les statuts, dont le contenu vient qualifier la confiance inspirée par les titres. Les statuts règlent parfois même les conséquences attachées à la perte des actions.

Quant aux obligations, il y en a un grand nombre d'espèces aussi, et les législations varient, sinon sur les principes, du moins en ce sens que les unes sont plus complètes que les autres, ce qui laisse subsister, dans ces dernières, des controverses sur les points que les premières ont décidés. Les lois sur les sociétés anonymes, rédigées dans les derniers temps, commencent à s'occuper des droits des porteurs d'obligations (1) ; dans les pays où les lois sont muettes, les porteurs s'assurent parfois, au moyen d'une convention, un droit de contrôle ou de vote. Les lois elles-mêmes ont quelquefois organisé une collectivité de porteurs d'obligations, comme nous le verrons plus tard. Les obligations émises par les banques hypothécaires commencent à former un objet spécial de législation, de même que la garantie à donner, en général, aux obligataires au moyen d'hypothèques, de gages, de cautionnements, etc.

---

(1) Loi belge du 18 Mai 1873, artt. 68 sqq. Code de commerce italien, artt. 171—175. Code de commerce japonais, artt. 199—207. Conf. RIESSER dans la Zeitschrift f. d. G. H., XXXV (XX) Beil. p. 377 sqq.

Beaucoup de lois modernes contiennent des dispositions nombreuses sur les titres au porteur en général, et comme les obligations ont souvent la forme de ces titres, les dispositions légales viennent s'y appliquer. C'est surtout la question de la perte et de la destruction des titres, que je me propose de traiter dans le § suivant, qui préoccupe les législateurs, mais il y a d'autres questions encore.

Le code de commerce italien a quelques dispositions, placées dans le titre des obligations commerciales en général (art. 56, 57). La loi fédérale suisse a tout un titre (XXXII), mais quelques dispositions seulement s'occupent des rapports autres que ceux qui naissent de la perte du titre. Le code de commerce espagnol a aussi un titre (Livre II, titre XII), dont la première section, la plus courte des deux sections qui forment le titre, renferme quelques textes généraux.

Mais tout cela est peu de chose quand on le compare à ce que le code civil allemand, dans le XXIIième titre de son livre II, a statué quant aux titres au porteur. Il faudrait un volume pour analyser ces dispositions, mais je constate leur existence ; elles décident des questions fortement controversées dans la plupart des autres législations. Le code allemand distingue entre les promesses et les cartes ou marques au porteur, entre le papier au porteur proprement dit et le papier au porteur imparfait (§ 808) ; il s'occupe de la forme (§ 793), de la mise en cours contre le gré ou après la mort (incapacité) du signataire (§ 794), des moyens de défense du signataire (§ 796), de la perte et de la destruction du titre (§§ 799, 800), de la prescription (§ 801), de la transformation du titre en titre nominatif (§ 806), etc. Il y a d'autant moins lieu d'entrer dans de grands détails que les dispositions en question de la loi allemande sont entrées en

vigueur le 1er Janvier 1900, et qu'elles ne s'appliquent aux titres, émis avant cette date en Allemagne, que dans la mesure indiquée par les articles 174 et suivants de la loi sur la mise en vigueur du code civil.

Lorsque les lois sont muettes ou à peu près, des controverses peuvent naître, dans notre matière, quant à l'applicabilité et quant à l'interprétation des textes légaux sur le prêt de consommation ou sur les obligations en général. Ainsi la grande question de la conversion et du paiement anticipé des obligations dépend le plus souvent de l'interprétation des textes qui s'occupent du terme (par exemple l'art. 1187 du code civil français).

c. *coupons d'intérêts ou de dividende, talons, etc.*

La nature de ces papiers, dont les premiers donnent droit à la prestation d'intérêts ou de dividendes, et les seconds à la prestation de nouveaux coupons, fait l'objet de grandes controverses, dont on peut se rendre compte facilement par les dispositions que le code civil allemand a consacrées à cette matière (§§ 803—805). Il y a là des questions fort intéressantes, par exemple quant à la qualité de papier au porteur pur, qu'on voudrait attribuer, en principe, au coupon, alors que le talon ne serait qu'un moyen de légitimation. D'ailleurs, les coupons, émis en Allemagne, après le 1 Janvier 1900, et qui se rattachent à un titre émis lui-même avant cette date, demeurent sous l'empire des lois anciennes (1).

Une question, remarquable au plus haut point, mais qui a été creusée jusqu'au fond, est celle du droit de retenir le montant des coupons de titres amortis, payés par erreur.

---

(1) Dernburg, op. cit., II[1], § 154, Cosack, *Lehrb. des* D. B. R. II, § 267.

Je me borne à citer quelques mémoires sur la question, où l'on trouve les arguments qui peuvent être invoqués dans les pays où la loi est muette. Le congrès des valeurs mobilières, tenu à Paris en 1900, a donné lieu à des publications particulièrement remarquables (1). Quant à la législation, je constate que la loi française du 1 Août 1893 (art. 70 nouveau de la loi du 24 Juillet 1867), a défendu de répéter le montant des coupons, sans interdire formellement une clause contraire (2). En Russie, par contre, d'après une communication insérée dans le mémoire de Vavasseur (3), que je viens de citer, le droit de répétition est consacré par les oukases ou les arrêtés ministériels d'émission. Une étude de la jurisprudence des pays, dont la loi est muette, ne serait pas ici à sa place.

Le code civil allemand, dans son § 803, qui a passé avec de légers changements dans les divers projets (4), a établi en principe que la créance attachée au coupon demeure en vigueur, même lorsque la créance principale est éteinte, ou lorsque l'obligation de payer des intérêts a été supprimée ou modifiée. Mais la loi autorise une stipulation contraire, à insérer dans le coupon même. Le deuxième alinéa du § ajoute que lorsque des coupons de ce genre ne sont pas restitués lors du remboursement du titre principal, celui qui a émis le titre est fondé

---

(1) E. Montagnon, dans les *Annales* de Thaller I, p. 75 (Doctrine). Wahl, *Traité th. et pr. des titres au porteur* I, n⁰. 788 sqq. Lebel et Simon (Congrès des valeurs mobilières Paris, 1900) fasc. I, n⁰. 27. I. Vavasseur, ibid. fasc. III, n⁰. 99.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n⁰. 661 sqq., et appendice n⁰. 39 sqq.

(3) Loc. cit., p. 14.

(4) Exposé des motifs du 1er projet, II, p. 701, ad § 690. Reatz. *Die zweite Lesung*, ad §§.

à retenir le montant, qu'il est obligé de payer pour les coupons, conformément au § premier (1).

Pour ce qui est de la perte des coupons (§ 804 code civil allemand) et du terme fatal de présentation (§ 801 ibid.), je ne les mentionne que pour mémoire. Il est évident que dans les pays, dont la loi ne renferme pas de dispositions spéciales, il peut y avoir tout au moins controverse.

d. *obligations à lots.*

En principe, il n'y a pas lieu de ranger les obligations à lots, dont les obligations à primes ne sont qu'une variété, dans une autre catégorie que les obligations ordinaires. L'obligation à lots ne renferme pas plus que les autres obligations une promesse abstraite ; elle inspire une confiance qualifiée par le fait que le lot éventuel dépend de tirages au sort. Elle peut porter des intérêts ou n'en pas porter.

Le motif de distinguer, entre les obligations à lots et les autres, consiste dans la circonstance qu'il y a dans les premières une espèce de jeu. Sans doute celui qui émet les obligations à lots ne joue pas. Pour lui tout est calcul. Mais il fait jouer. Les porteurs courent la chance d'un gain et en même temps celle de perdre soit leur capital, soit du moins, pendant une période assez longue, les intérêts ou une partie des intérêts de ce capital.

Cette circonstance explique la défaveur dans laquelle un grand nombre de législateurs placent ces titres. Ce n'est pas toujours la morale qui les anime, parce qu'il y a des pays où l'Etat lui-même exploite une loterie. Mais il y a toujours une sorte de protection du public contre ceux qui veulent s'en-

---

(1) Dernburg, op. cit., II[1], § 18, chiffre 5, § 149. Cosack, B. R. § 267.

richir en le faisant jouer. Quelquefois, c'est plus spécialement contre les loteries étrangères que se tourne la défaveur officielle.

C'est ainsi que s'expliquent les dispositions légales qui défendent les loteries, ou même l'émission des obligations à lots, ou qui les soumettent à une autorisation préalable. Il y a un grand intérêt pratique à comparer ces lois, et les documents, publiés par le Congrès international des valeurs mobilières, tenu à Paris en 1900, renferment à ce sujet des données importantes. Mais, pour le droit international privé, la comparaison des détails du contenu des lois n'a pas le même intérêt ; il lui suffit de constater l'existence de lois, qui ont pour but de faire observer, tout particulièrement dans la société locale, certaines règles de conduite.

Ainsi, en France, l'émission d'obligations à lots peut tomber sous le coup de la loi du 21 Mai 1836 (1). En Belgique la loi du 31 Décembre 1851 prohibe en principe les loteries, qui ne rentrent pas dans les exceptions de ses articles 7 et 8. Dans notre pays, la législation ancienne (1814) a fait place à une loi récente, du 6 Juin 1905 (Bulletin n°. 171). Cette loi parle de l'émission d'obligations à lots et les autorise sous certaines conditions. Elle n'a pas d'effet rétroactif (art. 10). En Allemagne, une loi du 8 Juin 1871 s'occupe spécialement des obligations au porteur à lots, que son § 1 définit. Son but est de restreindre leur émission en Allemagne et leur circulation dans le pays, en tant qu'elles ont été émises à l'étranger. Les §§ 2 et suivants s'occupent des obligations émises avant les dates, que la loi précise, soit en Allemagne, soit à l'étranger. La loi allemande du 16 Mai 1894 sur les

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n°s. 572 sqq.

ventes à tempérament prohibe les ventes de lots, d'obligations au porteur à lots et d'autres titres, représentant ces valeurs ou une part de ces valeurs, en tant que ces ventes présentent la forme déterminée dans son § 7.

Ces exemples me paraissent suffisants. Quant aux dispositions fiscales et pénales, que les lois mentionnées renferment, elles se localisent par leur caractère et il est inutile de les comparer ici.

B. **Application du droit.**

I. *quant aux obligations dérivant de l'émission des titres.*

Je rappelle que j'ai réservé la question de la destruction ou de la perte des titres, dont je me propose de parler dans le § suivant. Pour le moment, je laisse de côté aussi les coupons et les talons détachés, et les effets spéciaux du caractère aléatoire, attaché aux billets de loterie et aux obligations à lots, pour concentrer mon attention sur les rapports entre l'établissement, qui a mis les titres en circulation, et le créancier, légitimé selon la teneur du titre.

On peut concevoir ces rapports sous la face locale-nationale ou sous la face locale-étrangère. Il faut supposer alors que le titre a été émis dans le pays où l'établissement débiteur a son siège et que la prestation, à laquelle le titre donne droit, doit se faire dans ce même pays. Le domicile du titulaire ou porteur et le lieu, où le titre a été négocié ou transmis, ne sont pas des éléments décisifs pour notre rapport. Je ne voudrais pas non plus considérer comme élément décisif, pour les titres à ordre, le lieu de l'endossement ou de la remise effective du titre endossé. En effet, il ne s'agit ici que de l'effet actif de l'endossement, c'est-à-dire de la question de savoir si le débiteur doit reconnaître l'endossé comme son créancier, et la

réponse à cette question dépend de la substance de l'obligation, que l'émission impose. L'endosseur, comme tel, ne garantit pas au porteur, comme tel, la prestation attachée au titre; leurs rapports dépendent uniquement de la relation collatérale qui peut exister entre eux.

Lorsque tous les éléments décisifs de la relation juridique, qui nous occupe, sont ainsi attachés à un même pays, le juge appliquera le droit de ce pays, que ce soit le droit local-national ou le droit local-étranger. Cela est d'ailleurs en conformité parfaite avec le principe de confiance. Un homme sérieux et raisonnable, acquéreur du titre, n'a pas pu lui donner une autre signification.

Mais des complications peuvent se présenter, de manière à placer notre relation juridique sous la face internationale. L'émission peut avoir eu lieu dans un pays autre que celui du siège de l'établissement-débiteur. La prestation à faire peut être localisée dans un ou même dans plusieurs pays autres que celui du siège et que celui de l'émission. Il est inutile d'embrouiller la question à plaisir en supposant des circonstances extraordinaires, comme la transformation d'un titre au porteur en un titre nominatif ou à ordre, au moyen d'une déclaration, inscrite sur le titre par un porteur temporaire, dans un pays autre que celui du siège de l'établissement-débiteur.

Pour ces questions internationales, c'est, à mon avis, un grand avantage méthodique que de pouvoir secouer le joug de la „lex loci contractus" et de la „lex loci executionis". En étudiant chaque question en elle-même, on peut mettre sur la pierre de touche les règles qui prescrivent l'application de ces lois. La première chose à examiner, c'est s'il y a un élément prépondérant, qui fasse pénétrer la relation juridique,

qui nous occupe, dans un cercle local de la vie active. On pourrait être tenté de considérer toujours comme tel le lieu du siège de l'établissement-débiteur. Peut-être voudrait-on même donner au titre la nationalité du pays de ce siège, et lui appliquer alors une espèce de „statut personnel". Mais je ne crois pas qu'il soit juste de considérer toujours le lieu de ce siège comme prépondérant, en éliminant entièrement le lieu d'émission et le lieu où la prestation doit se faire. Lorsque ces deux derniers lieux ou l'un d'eux se trouvent dans un pays autre que celui du siège, on ne peut plus dire que la relation juridique, qui nous occupe, pénètre assez profondément dans la vie active locale du pays du siège, pour que l'application du droit de ce pays forme une exigence de l'ordre raisonnable de la société universelle. C'est du principe de confiance qu'il faut partir. Ce principe, appliqué raisonnablement, conduira normalement à l'application de la loi du lieu où l'établissement a son siège, parce qu'un homme sérieux et raisonnable, dans des circonstances normales, a dû interpréter le titre conformément à cette loi, mais cela ne sera pas toujours le cas. Des circonstances particulières peuvent modifier la confiance inspirée normalement, et de cette manière la loi du lieu d'émission et celui du lieu de prestation exerceront leur influence sur les obligations de l'établissement-débiteur et sur les droits corrélatifs du titulaire.

II. *quant aux coupons et aux talons.*

La question de savoir si le coupon et le talon sont de simples annexes du titre principal ou des titres plus ou moins indépendants, est plutôt du domaine de la théorie que de celui du droit positif. Lorsque cette question est de nature à avoir influence sur la loi applicable aux coupons et aux

talons, le juge la décidera d'abord, selon sa conscience juridique, avant de déterminer le droit applicable. C'est seulement lorsque le coupon et le talon seront localisés de la même manière que le titre, et que, par suite, la même loi les régira, que les dispositions éventuelles de cette loi, quant à la nature des coupons ou des talons, recevront leur application.

Il en résulte que si la localisation en question ne peut pas avoir lieu, le juge aura à apprécier quel degré de confiance le coupon et le talon ont dû inspirer à un homme sérieux et raisonnable, qui les a acquis avec ou sans le titre. Cette appréciation ne conduira *pas toujours* à l'application de la loi du lieu où l'établissement-débiteur a son siège.

C'est ainsi que je comprends cette célèbre question des coupons de titres émis par des compagnies, ayant leur siège en Autriche, et déclarés payables en monnaie allemande en Allemagne, en livres-sterling à Londres, etc., question qui a fait naître des débats si passionnés, et donné lieu à des décisions judiciaires contradictoires en Allemagne et en Autriche. Cette question a été traitée avec la profondeur nécessaire par des auteurs illustres, VON BAR (1) entre autres, et je suis heureux de pouvoir, ici, me ranger au nombre des disciples d'un maître que j'honore infiniment. Le lecteur, qui voudra relire ce que dit VON BAR, se convaincra que l'on ne peut arriver qu'à des disputes lorsque l'on part de l'application mécanique de la „lex loci contractus" ou de la „lex loci executionis", et qu'il n'y a pas non plus moyen de s'entendre lorsque l'on veut chercher, sur la base du principe d'autonomie, la loi que les deux parties — si parties il y a — ont eu en vue, mais qu'on a, sinon une solution, du moins une méthode qui

(1) Op. cit., II, nos. 261—263.

peut y conduire, lorsque l'on se demande quelle est la confiance que le titre a dû inspirer à un homme sérieux et raisonnable. VON BAR parle de la *bona fides* „du droit commun international" (des internationalen Verkehrsrechts). Je me permets de traduire „fides" par confiance.

III. *quant à l'élément aléatoire que certains titres contiennent.*

Cet élément présente une foule de nuances. Le titre, remboursable par voie de tirage au sort, pour une somme quelque peu supérieure à sa valeur nominale ou à son prix d'émission, est bien moins aléatoire que le titre qui hypnotise par le mirage de gros lots, et le titre qui donne droit à des intérêts et au remboursement du capital, tout en offrant la chance de gagner un gros lot, est aléatoire à un moindre degré que le simple billet de loterie.

Si le titre, plus ou moins aléatoire, est invoqué dans le pays dont la loi, soit par suite de la localisation des éléments décisifs, soit par application du principe de confiance, régit la substance des obligations de l'établissement-débiteur, les nuances en question n'auront d'autre importance que celle que leur donne la loi locale. On peut ajouter que si l'émission du titre est illicite d'après la loi, qui régit cette émission, elle sera illicite partout. Dans ce cas, le titre n'a pas pu inspirer une confiance justifiée. Enfin, il est certain que les lois pénales, relatives aux loteries, ont, en principe, un caractère territorial.

Le terrain devient moins solide lorsque le titre sert de base à une demande en justice, dans un pays autre que celui dont la loi régit la substance des obligations de l'établissement-débiteur, et que sa validité, certaine d'après cette dernière loi, est attaquée en vertu des lois prohibitives d'un autre pays, tout particulièrement en vertu des lois du pays où siège le

juge. Cette demande en justice ne porte pas toujours directement sur le rapport entre l'établissement-débiteur et le titulaire. Il se peut, par exemple, qu'elle ait trait à la nullité ou à l'annulation d'une convention, ayant un objet prétendument illicite, ou à la répétition d'un paiement fait en vertu d'une convention ayant une cause prétendument illicite. Mais au fond il y a toujours la question de l'application d'une loi prohibitive, qui fait échec à une autre loi.

Cette matière des lois prohibitives est assurément délicate, comme nous l'avons vu dans les pages consacrées aux contrats aléatoires. Il n'y a pas ici une question intéressant la morale universelle ou bien l'ordre raisonnable de la communauté juridique du genre humain. La passion du jeu est immorale sans doute, mais un élément aléatoire quelconque ne suffit pas pour rendre immorale une relation juridique, et il y a toutes sortes de manières de refréner les abus d'une mauvaise passion. Il y a des Etats qui organisent eux-mêmes des loteries ou qui autorisent l'émission d'obligations à lots. L'Etat, qui exerce son droit de prévenir les abus de l'hypnose des gros lots, est justicier local, il n'est pas l'organe de la communauté universelle. Il s'ensuit que le juge ne doit pas appliquer sans discernement les lois prohibitives de son pays, dès qu'il s'agit d'une contestation se rapportant à un titre du genre de ceux que ses lois nationales déclarent illicite. Mais un Etat, précisément parce qu'il est justicier local, appréciera souverainement s'il est opportun d'interdire sur son territoire, dans le but de maintenir l'ordre raisonnable de la vie active locale, l'émission, la mise en vente et la négociation de titres aléatoires, émanant d'un établissement qui a son siège en pays étranger, et lorsqu'une loi

de ce genre a été promulguée, la justice du pays l'appliquera en interprétant raisonnablement sa portée.

J'arrive ainsi à la conclusion suivante. En principe, le caractère licite d'une émission de titres aléatoires, qui a eu lieu dans un pays étranger par un établissement, ayant son siège dans ce pays et, ce qui certes ici est le cas normal, s'engageant à faire des prestations dans ce même pays, sera déterminé par la loi locale-étrangère. Si cette loi déclare l'émission licite, le porteur aura droit à la prestation incorporée dans le titre, et les opérations relatives au titre auront, en principe également, un objet licite et une cause licite, mais si la loi du pays, où l'action est intentée, interdit, sur le territoire de ce pays, l'émission des titres d'une certaine nature, ou la mise en vente et la négociation de ces titres, aucun droit d'exiger ne pourra être fondé sur un contrat de souscription, qui se rattache à une émission illicite, faite dans le pays, ou sur un contrat de vente conclu dans le pays, ou encore, si tel est le sens de la loi, sur un contrat de vente dans lequel une personne domiciliée dans le pays est partie. De cette manière la foi attachée au titre et l'ordre social interne sont sauvegardés tous deux.

Je voudrais résoudre de la même manière les questions, soulevées dans un pays, et qui se rapporteraient à un titre, émis licitement dans le pays étranger où se trouve le siège de l'établissement, et négocié illicitement dans un tiers pays étranger, mais le cas lui-même et la juridiction à exercer sont hypothétiques tous deux.

---

§ 109. *Destruction et perte des titres au porteur*

A. **Remarque générale.**

Il s'agit ici d'une question, devenue brûlante par suite de la circulation internationale des titres. Mais elle a été traitée avec le soin qu'elle mérite dans des travaux généraux et dans des monographies, et elle a été mise à l'ordre du jour dans des congrès et des sessions d'associations scientifiques. Je ne tenterai pas de l'épuiser, d'autant plus qu'elle se rapporte plutôt aux titres, considérés comme des biens meubles, qu'au rapport d'obligation qui, pour moi, est parallèle au rapport de propriété.

B. **Quelques points saillants du droit comparé.**

a. *renouvellement du titre endommagé, détruit, égaré, volé.*

Il y a des lois, qui distinguent soigneusement entre le cas d'un titre *endommagé*, celui d'un titre *détruit* et celui d'un titre *perdu* (1), et naturellement, lorsqu'une loi de ce genre sera applicable, elle sera appliquée avec les distinctions qu'elle fait. Mais les trois cas en question ne sont pas rigoureusement distincts ; le titre fortement endommagé se rapproche du titre détruit, dont il reste un débris ; le titre détruit, mais dont on ne peut pas établir la destruction, se confond avec le titre perdu. C'est pourquoi j'ai réuni les trois cas sous une seule rubrique.

Le code de commerce italien (art. 55) vise spécialement le cas d'un titre au porteur devenu défectueux par l'usage ou détérioré, mais néanmoins reconnaissable avec certitude, et permet

(1) VIVANTE, op. cit., III, § 56, n°. 1436 sqq.

au possesseur de réclamer, à celui qui l'a émis, un titre nouveau, sous la réserve faite dans le dernier alinéa de l'article. Le code civil allemand a une disposition analogue (§ 798), qui généralise un texte de la loi du 16 Août 1875 (§ 4) sur la Banque de l'Empire. Dans notre pays, on pourrait tirer argument, dans le même esprit, de l'art. 1921 du code civil, bien que cet article se trouve dans la partie du code consacré à la preuve littérale.

Le même article du code italien, dans son alinéa 2, s'occupe du cas d'un titre dont le propriétaire établit la destruction. Le droit de demander un duplicata ou un titre nouveau analogue est reconnu, mais il faut une décision judiciaire, et l'autorité, qui ordonne le renouvellement, doit prescrire les mesures de sûreté qu'elle juge opportunes. Les titres de la dette publique, les billets de banque et les autres titres analogues, sont soumis à des lois spéciales. Le code civil allemand traite en même temps, dans son § 799, du cas de destruction et du cas de perte. La loi allemande prévoit la possibilité d'une clause expresse excluant le droit du porteur. Pour l'Italie, VIVANTE considère cette clause comme immorale. Le code fédéral suisse (art. 849) ne parle que de la perte, sans distinguer. En France, la loi du 15 Juin 1872 (revisée en 1902) ne semble pas applicable au cas de destruction ; LYON-CAEN et RENAULT renvoient à l'art. 1348, 4°., du code civil (1). Les dispositions du code de commerce espagnol (artt. 547—566) semblent comprendre la destruction dans l'expression „dépossédé" (desposeido) ; l'exposé des motifs parle en même temps d'une soustraction, d'un incendie ou d'un autre accident (2). Au

(1) Op. cit., II, no. 643.
(2) Page CXXX.

reste, il sera la plupart du temps impossible, après un incendie, d'établir qu'un titre individualisé a été détruit, de sorte qu'en somme le cas de perte est le cas général, englobant les autres.

La dépossession du titulaire par perte, vol, etc., soulève les questions les plus graves, par suite du fait que le titre peut se trouver entre les mains d'un tiers porteur, qui l'a acquis de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active, et qu'on ne peut venir en aide au créancier (propriétaire) dépossédé sans mettre en péril les intérêts du tiers porteur. Mais la question est trop connue pour que j'insiste sur le droit comparé.

Je dirai seulement que les législations se divisent en deux groupes ; les unes ont organisé une procédure qui conduit à l'émission d'un duplicata avec annulation de l'ancien titre, les autres n'ont pas admis cette procédure.

Notre législateur appartient à ce dernier groupe. Il n'y a pas de règlement général. Quelques lois sur les emprunts de l'Etat ont prévu la possibilité d'un renouvellement. Quelquefois les communes ont fait de même dans les ordonnances sur les emprunts communaux, et l'on trouve certaines règles dans des statuts de sociétés anonymes. Dans le code italien, le silence de la loi est plus significatif encore, parce qu'elle a prévu le cas de destruction. VIVANTE approuve sans réserve le système de la loi italienne qui, d'après son opinion, ne permet pas, en général, l'annulation d'un titre, alors que ce titre peut se trouver dans les mains d'un possesseur de bonne foi (1). Les exceptions, que la loi italienne fait pour certains titres, qui par leur nature sont destinés à une circu-

---

(1) Op. cit., III, nº. 1448 et suiv. Conf. MARGHIERI, *Manuale del dir. comm. ital.* § 87.

lation locale, tels que les livrets de caisses d'épargne, les obligations d'institutions de crédit foncier, etc., confirment la règle. L'estimable auteur, que je viens de citer, pense qu'en Italie le créancier-propriétaire peut obtenir, en s'adressant aux tribunaux avant la prescription du titre, une décision qui lui donne droit au paiement, par l'établissement-débiteur, après l'expiration du délai de prescription, mais cela est controversé. MARGHIERI dit que le système général de la loi italienne est désordonné et contradictoire. (1)

Une procédure, qui conduit à un renouvellement, a été organisée par un grand nombre de lois. Je citerai la loi fédérale suisse (art. 849 et suivants), la loi française du 15 Juin 1872, modifiée par celle du 8 Février 1902 (2), le code civil allemand (§ 799), le code de commerce espagnol (livre II, titre XII, section 2). Ces dispositions diffèrent entre elles assez sensiblement, et il ne serait pas sans intérêt de les comparer, mais je m'abstiens. Le travail de comparaison est mûr, et l'application du droit international peut être étudiée sans entrer dans les détails. La question est d'une telle importance pratique qu'il n'y a pas à craindre que nous nous égarions dans la théorie.

b. *observations sur la revendication.*

Je me contente d'observations pour ne pas être entraîné trop loin dans la matière de la revendication des biens meubles corporels. Cependant je me crois en droit d'en parler dans ce travail consacré aux rapports d'obligation. J'ai déjà dit que, pour moi, il y a parallélisme entre la qualité de créancier, légitimé par le titre, et celle de propriétaire, légitimé par le

---

(1) Op. cit., § 87, p. 424.

(2) Notice et notes par M. Charles LYON-CAEN, dans l'Annuaire de la Société de législ. comp. (1903) p. 60 sqq.

droit absolu de propriété ou par la possession qui en tient lieu. Dans les deux cas, il y a un droit basé sur l'acquisition, faite de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active. Mais ce parallélisme n'est pas encore du droit commun international. Les lois varient. Tantôt elles se proposent de protéger avant tout le propriétaire dépossédé, tantôt elles songent surtout à l'intérêt de la sécurité du public, tantôt encore elles essaient de ménager les deux intérêts en présence.

Ici encore, tout a été dit au point de vue du droit comparé, et je me contente de l'esquisse d'un résumé.

Les deux systèmes extrêmes sont représentés, d'un côté par le droit russe, tel que je l'ai trouvé développé dans un ouvrage didactique dont l'auteur m'a fait hommage, et de l'autre côté par le droit allemand, tel que Dernburg, entre autres, l'enseigne. Le droit russe admet pleinement la revendication des titres au porteur, au profit du propriétaire dépossédé, contre l'acquéreur, même de bonne foi, sauf la preuve, naturellement, de l'identité du titre (1). Le droit allemand, après avoir réglé, dans les §§ 929 et suivants du code civil, l'acquisition de la propriété des biens meubles par tradition, en faisant spécialement mention, dans le § 935, des titres au porteur, nomme encore une fois ces titres dans les §§ 1006 et 1007. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la revendication est exclue lorsque le titre se trouve entre les mains d'un acquéreur de bonne foi, quand même le titre serait un titre perdu ou volé (2). En matière de gage, le § 1207 renvoie aux §§ 932, 934 et 935. Le code de commerce allemand, dans ses §§ 366 et 367, qualifie plus spécialement la bonne et la mau-

---

(1) Scherschenewitch, *Kours torgowawa prava* 3e édit. § 64, 3.
(2) Dernburg, op. cit., III, §§ 121, 124.

vaise foi de l'acquéreur. Le dernier de ces paragraphes parle spécialement des titres volés, perdus, etc., qui ont été acquis ou pris en nantissement par un marchand, banquier ou changeur de profession, après que la publication, concernant la perte du titre, a été faite, par les autorités ou par l'établissement-débiteur, dans le journal officiel. Je n'insiste pas sur les détails de la disposition et sur les exceptions qu'elle établit.

La législation néerlandaise ne distingue pas entre les titres au porteur et les autres biens meubles. Le code civil des Pays-Bas (art. 2014 j° 637) a suivi le système de conciliation, que l'on trouve dans les artt. 2279 et 2280 du code civil français. Le législateur italien, qui a aussi reproduit l'esprit de ces derniers articles dans le code civil (artt. 707—709), a une règle spéciale, pour les titres au porteur, dans le code de commerce (art. 57). La revendication des titres perdus ou volés n'est admise que contre celui qui les a volés ou trouvés, et contre l'acquéreur de mauvaise foi. En France, il y a aussi, depuis 1872, une législation spéciale pour les titres au porteur, mais elle est, dans un certain sens, plus défavorable à l'acquéreur de bonne foi que le code civil. Il résulte des articles 11 à 14 de la loi du 15 Juin 1872 que la négociation ou transmission postérieure au jour où le bulletin, publié conformément à l'article 11, est parvenu ou aurait pu parvenir, par la voie de la poste, dans le lieu où la négociation ou transmission a été faite, est sans effet vis-à-vis de l'opposant, sauf les recours ou contestations que l'art. 12 prévoit.

Lors de la révision des dispositions du code civil néerlandais sur le droit de gage, par la loi du 8 Juillet 1874, le législateur s'est occupé du créancier-gagiste, sans lui donner les droits de l'acheteur. En France, Lyon-Caen et Renault enseignent

que l'art. 2280 du code civil ne s'applique pas au créancier-gagiste, et que la loi de 1872 a surtout visé les ventes, mais qu'il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer aux différentes opérations dont les titres au porteur peuvent être l'objet (1).

L'esquisse rapide, que je viens de faire, suffit pour montrer que l'état actuel des législations présente tout le contraire de l'harmonie. Une comparaison plus large et plus profonde serait du luxe. Je réserve pour plus tard l'art. 208 de la loi fédérale suisse, dont le 2° forme une disposition de droit international.

C. **Application du droit.**

I. *quant à l'émission de duplicatas.*

La certitude du droit applicable peut être acquise avec assez de facilité, mais le résultat obtenu par le renvoi à une loi est assez peu satisfaisant.

Les rapports entre l'établissement, qui émet le titre, et le porteur, sont dominés par le principe de confiance. Il en résulte, même lorsque ces rapports se présentent sous la face internationale, que le porteur peut exiger la pleine mesure de la confiance inspirée et qu'il ne peut pas exiger davantage. Or, comme c'est la loi du lieu du siège de l'établissement qui détermine, en principe, la mesure de la confiance inspirée à un homme sérieux et raisonnable, cette loi régira les rapports en question, tant en ce qui concerne le porteur dépossédé, que pour ce qui est du porteur nouveau, dans ses rapports avec l'établissement-débiteur.

Cela ne peut pas faire grand'mal en cas de détérioration

---

(1) Op. cit., III, nos. 291 et 292.

du titre et même en cas de destruction établie indiscutablement. Le porteur pourra, la plupart du temps, avoir son duplicata, sans porter préjudice aux droits d'autrui. Mais en cas de perte ou de vol, il y a un grand danger. Non pas dans le système préconisé par VIVANTE, qui veut que le porteur dépossédé, après avoir fait constater son droit éventuel, soit obligé d'attendre jusqu'à ce qu'une prescription, relativement courte et courant contre tout le monde, soit acquise. Mais le renvoi à une loi donne lieu à un inconvénient très grave dans le système de l'amortisation ou de l'annulation du titre, surtout lorsque la publicité prescrite est purement locale. Celui qui aura acquis de bonne foi et tout à fait régulièrement le titre perdu ou volé, constatera un beau jour que ce titre est devenu sans valeur parce qu'un duplicata a été émis conformément à la loi du lieu du siège de l'établissement-débiteur, et que cet établissement se trouve pleinement déchargé envers le porteur du titre primitif. Il n'est pas du tout certain que le paiement d'un coupon échu soit refusé et que ce refus soit porté à sa connaissance, et son droit de recours contre celui qui a obtenu le duplicata est incertain également.

La question n'est pas moins délicate au point de vue d'une codification internationale (1). Il est très difficile de donner, à une opposition, une publicité internationale (2), et l'adoption universelle d'un système, dans le genre de celui de VIVANTE, n'est pas non plus facile à obtenir. Mais, dans l'ouvrage

---

(1) La question a fait l'objet d'une proposition dans le sein de *l'Institut de droit international*, session de Gand (1906).

(2) LEBEL et SIMON, dans les travaux préparatoires du *Congrès des valeurs mobilières*. Paris, 1900, fasc. I, n°. 23, p. 42 sqq.

actuel, je me contente de mettre un instant le doigt sur la difficulté.

II. *quant à la revendication.*

La question de la revendication est d'un autre ordre que celle du renouvellement ou du duplicata. Il ne s'agit plus d'un rapport d'obligation, basé sur le principe de confiance, entre un établissement-débiteur et un porteur, mais d'un rapport absolu entre le propriétaire ou le prétendu propriétaire d'un bien et celui entre les mains de qui il le trouve. Mais néanmoins les deux questions ne sont pas absolument distinctes. La procédure d'amortisation, en cas de perte ou de vol, comprend une publicité, et cette publicité, si elle doit inquiéter celui qui a trouvé le titre, le voleur et les receleurs, vient mettre en éveil aussi celui qui a acquis le titre de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active. Ce dernier n'a aucune raison de se taire ; au contraire, il se défendra, prétendra que c'est lui qui est le véritable propriétaire et le véritable créancier, et, si sa prétention est admise, l'émission du duplicata ne pourra pas avoir lieu. Pour moi, le parallélisme entre la propriété et le droit de créance doit entraîner la conséquence que la qualité de créancier et celle de propriétaire dépendent du même fait, c'est-à-dire de l'acquisition, faite de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active, par un homme sérieux et raisonnable. Mais les législations ne sont pas toutes rédigées dans cet esprit. Il n'y a pas de droit commun.

Cet état de choses ne présente pas de grands inconvénients pour la société internationale lorsque tous les éléments décisifs, tant ceux de la relation de créance que ceux du droit absolu de propriété, sont localisés dans un même pays.

Lorsqu'un titre a été émis par un établissement qui a son siège en France, qu'il y a été volé ou perdu et puis qu'il n'a été négocié et transmis qu'en France, et que le propriétaire dépossédé, l'acquéreur de bonne foi et ceux contre qui ce dernier pourrait avoir recours comme acheteur, en cas d'éviction, sont tous domiciliés ou établis en France, l'application de la loi française est certaine, tant pour ce qui est du rapport de créance du porteur, que pour ce qui a trait au droit de propriété, et, par suite, au fait qui sert de base à l'action en garantie pour cause d'éviction. Pour le juge français, cette application résulte du caractère local-national de toutes ces relations juridiques ; pour le juge étranger, elle tient au respect des droits acquis, qui s'impose lorsqu'une relation juridique se présente sous la face locale-étrangère.

Mais les titres volés ou perdus ne sont pas casaniers. Celui qui les a acquis de mauvaise foi a tout intérêt à les transporter dans un pays étranger, où les annonces faites auront bien des chances de rester inaperçues. Il passera alors les titres à un acquéreur de bonne foi, tout à fait régulièrement, et ce dernier pourra se trouver dupe de la qualité furtive, qu'une loi étrangère attache au titre. Son recours contre le vendeur est extrêmement précaire, même si l'identité du titre peut être établie. Il y a donc un grand intérêt à déterminer si, dans ses rapports avec les propriétaires précédents, le porteur peut compter sur le respect du droit qu'il a acquis, de bonne foi et régulièrement, conformément à la loi du pays où le titre a été mis en sa possession (1).

Le plus souvent la question, que je pose, a été traitée sous

(1) Rapport de M. Ch. Lyon-Caen, *Annuaire de l'Institut de droit international* IX (1902) p. 150 sqq. Thaller, dans ses *Annales*, 1905, Doctrine, p. 250 sqq.

la forme d'un conflit à trancher, et, pour pouvoir déterminer quelle loi régit universellement la revendication des titres au porteur, on a essayé de faire appel à un principe général sur le droit qui régit les biens meubles. Or, comme ce principe ne forme pas un droit commun, il se trouve que l'on ente ainsi une controverse sur une autre. Sans doute on parvient à se tirer d'affaire en disant qu'il est „généralement admis" que les meubles sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent. Il n'y a plus alors qu'à déduire plus ou moins logiquement les conséquences de ce principe. Mais ce principe est loin d'être admis assez généralement pour qu'on puisse lui conférer la qualité d'une coutume internationale, et, en tant qu'on veut essayer de le fonder sur les exigences juridiques de l'ordre raisonnable de la vie active universelle, il se trouve justement que notre question des titres au porteur prouve précisément à quel résultat déplorable on arrive, en faisant dépendre le respect du droit de propriété de la situation essentiellement variable du titre. Il faut ajouter que la règle, qui voudrait s'attacher à la quasi-nationalité du titre ou à la nationalité commune des prétendus propriétaires en litige, peut encore moins être considérée comme une règle fondée en droit commun.

Force est de constater que dans l'état actuel des législations, il n'est pas possible d'obtenir l'harmonie. On ne peut pas exécuter une symphonie avec des instruments qui sont en désaccord complet. La solution de notre question variera selon le pays où elle se posera.

Je songe d'abord aux législations qui se sont occupées de notre question ou qu'on peut considérer comme applicables à cette question. Le juge local suivra alors les instructions que lui donne son propre législateur. Ainsi le juge français

a dû souvent résoudre des questions internationales. Lyon-Caen et Renault les exposent et les discutent, en constatant que la jurisprudence française soumet à la loi de 1872, qu'elle considère parfois comme une loi de police et de sûreté, les titres „étrangers" négociés en France et même les titres „français" négociés en pays étranger (1). Le juge italien est obligé de combiner l'art. 57 du code de commerce avec l'art. 7 alin. 1 des dispositions préliminaires sur l'application des lois en général. Le juge suisse, de son côté, lit dans le code fédéral de son pays (art. 208 j° 207) qu'on ne peut pas revendiquer les titres au porteur „reçus en contre-valeur et de bonne foi d'un pays où la loi n'en admet pas la revendication".

Quant au juge d'un pays dont la loi n'a pas de dispositions de droit international privé, formulées au point de vue individuel ou particulier, et qui se trouve avoir à décider une question de propriété, relativement à un titre en possession d'une personne domiciliée dans son pays, ce qui est bien le cas le plus ordinaire de juridiction, il faudra bien qu'il se demande s'il ne doit pas appliquer, conformément à leur esprit, les lois de son pays. C'est seulement si la réponse est négative ou si la loi locale est nettement favorable à l'acquéreur de bonne foi, que le juge pourra en arriver à décider que le fait qu'une personne est entrée, de bonne foi et régulièrement, en possession du titre, dans un pays où cette possession enlève au titre son caractère furtif, demeure propriétaire irrévocable et transmet cette propriété tout aussi irrévocablement.

C'est là, j'ose le dire, la règle qui est exigée, pour la vie

---

(1) Op. cit., II n°s 651 sqq. A la rigueur même aussi les titres étrangers négociés à l'étranger. Trib. civil de la Seine, 15 Juillet 1885, Journal de *Clunet*, 1885 p. 450. Conf. Wahl, op. cit., II, n°. 1569 sqq., 1580 sqq. Thaller, loc. cit., n°. 14 sqq.

active internationale, par l'ordre raisonnable de cette vie active. Mais le juge ne peut l'appliquer que si la loi de son pays le laisse libre de suivre cette exigence. Il ne serait pas impossible d'arriver à une entente internationale, en formulant de commun accord la règle en question, tout en laissant subsister le droit local pour la vie active locale. C'est en ce sens que je comprends le projet de codification formulé par *l'Institut de droit international* dans sa session de Gand (1906) (1). L'Institut, composé d'hommes prudents et versés dans la diplomatie, a cru pouvoir *proposer aux Etats* un système qui repose sur la distinction à faire entre la vie active locale et la vie active internationale, et qui établit, pour cette dernière, une règle, dont on peut certes dire que malgré son apparence, elle n'est pas une solution de conflits, mais un principe de droit commun destiné à régir la vie active internationale. En cas d'adoption du projet, des dispositions comme celles de la loi française de 1872 ou du code de commerce espagnol devraient, sinon être abrogées, du moins être limitées strictement à la vie active locale. Sur la proposition d'Asser, l'Institut a voté une résolution portant le vœu d'une réglementation uniforme, par la voie de traités ou de lois. C'est sans doute en vue de cette réglementation que l'Institut, dans sa résolution n^0. II, alinéa 1, a parlé de „négociation", expression qui peut s'appliquer aussi bien au contrat de vente, opérant la transmission de la propriété dans certains systèmes législatifs, qu'à la mise en possession, nécessaire pour cette transmission dans d'autres systèmes. Dans une loi uniforme, il faudrait naturellement choisir une expression ayant le même sens partout.

(1) Le texte se trouve dans la Rivista di dir. internazionale (1906) I, p. 54. (rapport du prof. et sénateur F. Brusa), et dans la Revue *Rolin* 1906 p. 591. Au moment de donner le bon à tirer, je reçois l'*Annuaire* de 1906, qui donne le détail des discussions (p. 409 sqq.).

4ième GROUPE

LES TITRES LIBELLÉS EN MARCHANDISES

§ 110. *Considérations générales et division de la matière*

Au fond, il n'y a pas de différence essentielle entre les titres libellés en marchandises et ceux qui donnent droit à une prestation en argent ou en travail, ou bien à une chance. Mais cela n'est vrai qu'au fond.

La nature juridique des titres libellés en marchandises donne lieu à des controverses du même genre que celles que soulèvent les autres titres, la lettre de change en particulier. Pour moi, les papiers par lesquels le souscripteur s'engage à procurer à l'acquéreur du document une prestation en marchandises, font naître une obligation, fondée sur les exigences de l'ordre raisonnable de la vie active, et consacrée par le droit positif, sur la base de la confiance inspirée par le titre à un homme raisonnable et sérieux, qui a acquis ce titre de bonne foi et régulièrement. Mais je reconnais qu'il y a, dans la matière, des controverses que le droit international privé ne peut que constater, et que, dans l'état actuel du droit, on ne peut pas même dire, de tous les papiers libellés en marchandises, qu'ils font naître une obligation consacrée par le droit commun international.

Les papiers libellés en marchandises peuvent prendre le style d'un *mandat*, d'une *promesse*, ou d'un *récépissé*. Ce sont

surtout les papiers en style de mandat qui soulèvent des doutes quant à la mesure de la confiance inspirée.

En principe, les papiers libellés en marchandises peuvent être *nominatifs*, *à ordre* ou *au porteur*. Pour les documents à ordre, il faut distinguer, plus soigneusement encore que pour la lettre de change et ses satellites, entre l'effet actif de l'endossement et l'effet passif.

Je me propose de diviser la matière de la façon suivante.

Je consacrerai d'abord quelques observations aux titres en style de mandat, qui sont loin d'avoir l'importance internationale des titres du même genre, libellés en argent.

Puis je m'occuperai des titres en style de promesse ou de quittance valant promesse, catégorie qui, à côté de papiers d'usage local, nous en présente au moins un faisant partie de la vie active internationale, et connu sous le nom de connaissement.

Je n'ai pas l'intention de faire des monographies sur tous ces points et je renverrai autant que possible à ce que j'ai dit des autres titres.

Iière SECTION

LES TITRES EN STYLE DE MANDAT

§ 111. *Observations générales*

A. Caractère juridique des titres.

La lettre de change, comme nous l'avons vu, est un titre en style de mandat. Cependant les usages commerciaux, confirmés par les législations d'une manière tellement nette qu'on peut parler d'un droit commun international, ont fait de ce mandat une promesse de faire payer. Pour les papiers libellés en marchandises, il y a une certaine tendance à interpréter le mandat comme une promesse, mais elle n'est pas généralisée.

La question serait très grave si les papiers en question avaient réellement une grande importance dans la vie active internationale. Mais cela n'est pas le cas. De fait, ils servent plutôt aux transactions localisées, et cette circonstance localise aussi le droit qui leur est applicable.

B. Points saillants du droit comparé.

Le code de commerce italien nous montre un développement tout particulier d'une espèce de titres libellés en marchandises. Dans le chapitre consacré à la lettre de change (Liv. I, tit. X), ce code contient une section XIII intitulée „Dell' ordine in derrate" ou de l'ordre en denrées. Je traduis

l'expression „derrate", d'accord sous ce rapport avec le dictionnaire de LITTRÉ, par denrées; VIVANTE (1) dit que son sens précis est: „*les produits de l'industrie agricole qui servent directement à l'alimentation de l'homme*". Dans le droit italien, le titre libellé en denrées, émis dans la forme légale, est assimilé en principe à la lettre de change, ou au billet à ordre, s'il est en style de promesse, ce que le code italien, qui unit les deux titres sous la dénomination de „cambiale" n'a pas eu besoin de dire expressément (artt. 333—338 c. d. c.). La loi exige une forme. Il faut, entre autres, que le titre contienne l'expression „cambiale" ou „ORDINE IN DERRATE" dans le texte même, et qu'il indique l'espèce, la qualité et la quantité des denrées, ainsi que l'échéance. Quant à ce dernier point la loi exige une date déterminée (2); l'échéance à vue ou à un certain délai de vue est exclue. MARGHIERI, auquel j'emprunte l'interprétation que je viens de donner de l'art. 335, dit aussi que le titre donne droit à une prestation abstraite, indépendante de la cause. Je constate simplement ici l'explication donnée. Dans tous les cas, le titre est susceptible d'acceptation et donne lieu à un recours cambial, contre le tireur et contre les endosseurs, tant pour défaut d'acceptation que pour défaut de paiement; cependant, l'action en recours et l'action directe contre l'accepteur ou le souscripteur d'un billet n'ont pas pour but la délivrance des denrées, mais leur valeur déterminée selon l'art. 333 j° 38 du code de commerce. Au reste, le titre, qui ne répond pas pleinement à la forme légale, n'est pas nul, mais il ne produit que

---

(1) Op. cit., III, n°. 886. Conf. VIDARI, *La lett. di cambio*, appendice, qui donne l'origine historique de l'«ordine in derrate».

(2) MARGHIERI, op. cit., § 85.

les effets d'une obligation ordinaire, civile ou commerciale.

Le code de commerce roumain (artt. 358—363) suit d'assez près le code italien, avec des nuances sur lesquelles je n'insiste pas.

Une comparaison entre le droit italien et le droit allemand suffit pour faire voir les différences, que présentent les lois qui ont des textes sur la matière.

En Allemagne, l'assignation ordinaire du code civil (§ 783) peut avoir pour objet, non-seulement de l'argent, mais encore des titres ou d'autres choses fongibles. Elle ne produit que les effets attachés par le code civil aux assignations, effets qui ont été exposés plus haut. Les assignations, payables par un commerçant, et libellées en argent, en titres ou en autres choses fongibles, sont susceptibles d'endossement, en vertu des §§ 363—365 du code de commerce, et cet endossement produit l'effet *actif* déterminé par le § 364. Il n'y a pas de recours contre les endosseurs, sur la foi du document (1).

Dans les pays qui n'ont pas de textes bien nets, la nature juridique des papiers, par lesquels le souscripteur charge un tiers de remettre des marchandises à une personne déterminée, ou à l'ordre de cette personne, ou encore au porteur, est sujette à toutes sortes de controverses. En Suisse, par exemple, le code fédéral, dans son article 406, ne parle que de l'assignation ou délégation libellée en argent; et les artt. 843—845 du même code, qui sont plus larges quant à la prestation, ne semblent parler que des titres émis sous forme de promesse. Dans notre pays, des bons à livrer, en style de mandat, sont en usage. Il y a quelques années on les

---

(1) Cosack, *Lehrb. des H. R.*, § 60, III.

faisait même régulièrement viser ou accepter par la personne chargée de la délivrance ; on est devenu plus prudent depuis qu'un procès retentissant (1) a montré le danger de cette acceptation, qui inspire au porteur une confiance que le simple mandataire, chargé de faire une prestation, n'a pas voulu faire naître, mais, dans tous les cas, on ne peut pas parler d'un droit positif. En Angleterre, le titre, émis sous forme de mandat ou de promesse, et libellé en marchandises, ne peut jamais valoir comme lettre de change (sect. 3 de la loi); aux Etats-Unis, il y a des Etats où la loi est plus large (2). Pour la France, Lyon-Caen et Renault mentionnent, en traitant de la vente dite par filière, des *ordres de livraison* endossables, mais ils les considèrent simplement comme des indications de la personne qui aura à livrer les marchandises (3).

C. **Application du droit.**

Les difficultés, qui peuvent surgir des divergences que nous avons constatées ici, rappellent celles que nous avons examinées en opposant la lettre de change à l'assignation. La lettre de change et l'assignation sont toutes deux des papiers en style de mandat, mais nous avons constaté que bien qu'elles se ressemblent à peu près comme deux gouttes d'eau, les effets, que certaines lois y attachent, diffèrent comme le feu diffère de l'eau. La lettre de change, malgré son style de mandat, est une promesse irrévocable qui lie le souscripteur par la confiance inspirée, alors que, dans certains systèmes, l'assignation demeure mandat ou devient moins encore, simple

(1) H. R. Goudsmit, *Het volgbriefje* (Leiden, 1880). Cour d'Amsterdam, le 28 Mars 1879, Weekblad n°. 4397.

(2) Crawford, op. cit., ad § 20 note c. Conf. Daniel, op. cit, I, § 59.

(3) Op. cit., III, n°. 191 sqq.

pouvoir qui n'engage à rien. Une opposition du même genre existe entre l'„ordine in derrate" italien et l'„Anweisung" allemande. Mais ici la chose se complique. Car si en matière de la lettre de change il y a un droit international commun, dès que le titre répond par sa forme au signalement de la loi du lieu (fiduciaire) d'émission, dans la matière des papiers en style de mandat, libellés en marchandises, il n'y a pas de droit commun. Il est vrai que ces papiers ne se présentent guère que sous la face locale, ce qui permet presque toujours de localiser le droit.

Lorsque le papier, qui nous occupe, est émis et payable dans un même pays et qu'il n'a eu qu'une circulation locale, le juge appliquera la loi locale-nationale ou locale-étrangère, qui correspond à cette localisation. Un juge étranger à l'Italie ou à la Roumanie devrait appliquer le droit italien ou roumain, si, dans les limites de sa juridiction ou de sa compétence, il avait à s'occuper d'un papier localisé dans l'un ou l'autre de ces pays.

L'émission et la circulation de nos papiers ne se présentent, sous la face internationale, qu'à titre d'hypothèse, et je ne mentionne cette face que par acquit de conscience (1).

Si le titre, auquel la loi du lieu d'émission attache une obligation basée sur un appel à la foi publique, est endossé dans un pays où ce même document n'est qu'un mandat ou un pouvoir, l'endossement produira son effet actif, effet qui dépend de la confiance inspirée par la signature du souscripteur, mais il ne produira pas son effet passif, parce que l'endosseur n'a pas pu inspirer à un homme sérieux et raisonnable la confiance légitime que l'endosseur garantirait l'acceptation ou le paiement.

(1) Champcommunal, loc. cit. p. 206.

Enfin, si le papier a été émis dans un pays et si la prestation doit se faire dans un autre, le souscripteur ne répondra pas, en principe, de l'acceptation ou du paiement, parce que le droit commun, qui transforme en une promesse le mandat ou le pouvoir apparents, fait défaut. Le papier ne vaudra que par son contenu, qu'il faudra interpréter en tenant compte de toutes les circonstances qui caractérisent la relation juridique existant entre les personnes, dont l'une invoque le papier contre l'autre. Il en serait ainsi quand même le papier aurait été émis en Italie et ferait mention d'une prestation à faire en Roumanie, ou réciproquement ; les circonstances de la cause seules pourraient conduire à la conclusion que le souscripteur a inspiré, au porteur et à ses successeurs, une confiance entraînant la garantie de l'acceptation et du paiement.

2ième SECTION

LES TITRES EN STYLE DE PROMESSE

§ 112. *Examen général*

On peut concevoir un grand nombre de papiers, libellés en marchandises, et rédigés sous forme de promesse. La promesse peut être directe ou se présenter sous le masque d'un reçu. Les documents peuvent indiquer un lieu d'exécution différent du lieu d'émission, une échéance immédiate ou différée. On peut se les représenter comme des papiers nominatifs, à ordre ou au porteur.

Mais les textes sont rares et presque tout est du domaine de la théorie, et même de la théorie, écartelée par des controverses. Dans le code de commerce allemand (§§ 363—365) nous trouvons une mention, qui se rapporte à des billets d'une certaine espèce, libellés en marchandises et émis par des commerçants; la loi les déclare endossables, s'ils sont à ordre, avec les mêmes effets que ceux que la loi a attachés à l'endossement des assignations à ordre, payables par des commerçants. Mais des papiers de ce genre ne pénétreront que difficilement dans la circulation internationale. Au reste, ce n'est là qu'une minime partie de la matière, et il ne s'agit que d'un seul pays. Tant pour les papiers nominatifs, causés ou contenant promesse pure et simple, que pour les papiers au porteur ou pour les reçus destinés à circuler, la question de la

nature juridique des papiers doit être examinée tout d'abord, et cette question, déjà bien ardue lorsqu'il s'agit d'un papier entièrement localisé, devient plus difficile encore dans la vie active internationale, par suite de l'absence d'un droit commun, en perdant en même temps son caractère pratique. Il faudrait déployer les ailes de l'imagination, alors que je me suis efforcé de marcher sur le terrain solide de la réalité. Aussi vais-je me contenter de deux papiers, qui ne m'entraîneront pas dans les nuages, le connaissement maritime, titre international par excellence, et la cédule de dépôt (récépissé, warrant), qui, si elle est bien plus casanière que le connaissement, va du moins me donner, comme le connaissement, des textes à comparer.

---

§ 113. *Le connaissement maritime*

A. **Délimitation des questions à examiner.**

Le connaissement maritime est un papier libellé en marchandises et rédigé dans le style d'une promesse basée sur un accusé de réception, par lequel le souscripteur ou l'entreprise qu'il représente s'engage à faire à la personne, légitimée selon la teneur de la promesse, la prestation de ces marchandises, après l'achèvement d'un voyage maritime déterminé. J'ai tâché de concevoir ce signalement d'une façon large, de manière à en faire le type composé des signalements légaux, et je ne veux m'arrêter aux controverses, que la nature du connaissement soulève, qu'en tant qu'elles peuvent avoir une influence indirecte sur l'application du droit.

La plupart des lois traitent du connaissement dans la matière du contrat d'affrétement, et les auteurs suivent généralement cet exemple. Ils se contentent le plus souvent de comparer le connaissement à la lettre de change, tant en ce

qui concerne le caractère plus ou moins abstrait et formel de la promesse, qu'en ce qui a trait à l'endossement.

Malgré cette quasi-unanimité, j'ose me permettre, modestement mais décidément, de dégager le connaissement du contrat d'affrétement, que je ne considère que comme une relation juridique collatérale, qui se trouve, à l'égard du connaissement, dans le rapport existant entre la provision et la lettre de change. Pour moi, le connaissement est un titre, et l'obligation attachée à ce titre, obligation qui n'est ni plus ni moins abstraite que l'obligation cambiale, a pour source la confiance inspirée par le titre ; elle ne diffère, sous ce rapport, de l'obligation cambiale que par l'objet et la qualification spéciale de la confiance. Si cela n'est pas encore le droit commun international, reconnu comme tel par la conscience juridique de toutes les nations, c'est le droit commun implicite, qui est en voie d'être reconnu.

Le point dominant, c'est la question de savoir si celui qui a acquis le connaissement, de bonne foi et dans l'ordre régulier des transactions de la vie active, peut agir sur la foi de ce connaissement, sans être lié par autre chose que par le contenu du titre, tel qu'un homme sérieux et raisonnable a dû l'interpréter. S'il faut répondre affirmativement à cette question, le connaissement est dégagé, tant du contrat d'affrétement que du fait de la réception réelle des marchandises.

En est-il ainsi d'après toutes les lois ? Je ne voudrais pas l'affirmer, mais cela me paraît être leur tendance, et j'ose ajouter que la circulation internationale des connaissements repose sur la conviction générale du commerce qu'il en est ainsi, comme la circulation internationale des lettres de change repose sur la conviction de l'existence de certains principes de droit commun. Notre législateur a été jusqu'à supposer

un cas presque absurde pour indiquer combien la confiance attachée au seul titre est puissante ; il ne permet pas au capitaine de faire, contre l'acquéreur, la preuve qu'il a été matériellement impossible de charger la quantité de marchandises, indiquée dans le titre (art. 514 c. d. c.). En Allemagne, le § 651 du code de commerce peut être entendu dans le même sens ; Cosack, qui s'efforce d'établir des différences entre la lettre de change, qui pour lui est abstraite, et le connaissement, qu'il considère comme causé, admet cependant que les droits du porteur ne dépendent que du document (1). Dans le droit français, l'art. 283 du code de commerce n'est pas aussi explicite, cependant Lyon-Caen et Renault, argumentant de la force probante du titre, entre le capitaine et le destinataire considéré comme un tiers, disent que le capitaine ne peut pas prouver qu'il a chargé moins de marchandises que ne l'indique le connaissement ou qu'il n'en a pas chargé du tout (2). En Angleterre, les auteurs que j'ai consultés établissent un rapport très intime entre le contrat d'affrétement et le connaissement ; cependant ils ne manquent pas de faire observer que la confiance, inspirée par le document à un acquéreur de bonne foi et en contre-valeur, a une importance fort grande, et les lois positives (18 et 19 Vic. 1855, cap. CXI, et la loi correspondante pour les Indes, n°. IX de 1856) expriment, dans leur préambule et dans leur section 3, que le document peut être conclusif entre les mains d'un acquéreur, quand même les marchandises n'auraient pas été chargées (3). Les auteurs anglais, au reste, distinguent entre

(1) *Lehrb. d. Handelsrechts*, § 93, III, 4,

(2) Op. cit., V. no. 708.

(3) E. Legget, *A treatise on the law of bills of lading*, Appendices. Conf. p. 32 sqq. Maclachlan, *A treatise on the law of Merchant Shipping* (4th Edit.) pp. 413, 415.

l'effet du connaissement à l'égard du capitaine qui l'a signé, et son effet à l'égard des armateurs, en tant que ces derniers peuvent être liés par la signature du capitaine, mais cette distinction elle-même se rattache à la confiance inspirée par le capitaine, en sa qualité d'agent, telle que le droit anglais la conçoit (1). Aux Etats-Unis, il y a un certain doute quant au fondement de cette distinction (2). Je m'arrête, en constatant pour terminer que le droit commun dont je parle est constaté, bien que sous une forme négative, dans la disposition du traité international de Berne sur les transports de marchandises par les chemins de fer, *qui refuse à la lettre de voiture le caractère du connaissement.*

En dégageant le connaissement de l'affrétement collatéral, je délimite mon terrain en précisant les points à examiner. Sans doute, le connaissement peut être le seul document qui constate les conditions du transport, ou bien il peut renvoyer à la charte-partie, mais cela est contingent. Je n'ai pas à m'occuper de l'obligation de signer un connaissement en échange des reçus provisoires, de l'obligation de payer le fret, du droit de reprendre les marchandises, etc., etc.. Ce n'est qu'en passant que je parlerai des connaissements directs, dont la nature n'est pas fixée. Il m'est permis enfin de laisser dans l'ombre la force probante du connaissement à l'égard d'autres intéressés, les assureurs, par exemple, ou les co-intéressés dans un règlement d'avarie commune.

J'ajoute encore que, dans le travail actuel, je considère comme une question secondaire celle de la transmission de

(1) Leggett, op. cit., pp. 33—35, citant *Grant* v. *Norway* 20 L. J. C. P. 93.
(2) Daniel, op. cit., II, §§ 1729, 1733, 1733*a*.

la *détention fictive*, de la *possession* ou de la *propriété* des marchandises, réellement chargées, par la transmission du connaissement, question qui rappelle celle de la transmission de la provision dans le droit de change ou de chèque.

B. Points saillants du droit comparé

a. *formes.*

Plusieurs lois s'occupent de la forme du connaissement, mais leurs dispositions sont loin d'avoir l'influence, qui est attribuée aux dispositions correspondantes sur la forme de la lettre de change. On pourrait presque dire que la forme est ici ce qu'elle devrait être partout, la servante de la substance, et que le connaissement n'exige pas plus de formes qu'il n'en faut pour que la confiance d'un homme sérieux et raisonnable soit justifiée.

Le droit anglais n'exige aucune forme spéciale. Le code de commerce français indique (art. 281) ce que le connaissement doit contenir, et l'art. 283 semble bien faire dépendre sa force probante de la forme, mais, en tant qu'il s'agit du droit du destinataire, cette interprétation n'a pas prévalu (1). Dans notre pays, les formes de l'art. 507 du code de commerce n'ont pas été rigoureusement exigées par la jurisprudence. Le code de commerce allemand énumère, dans son § 643, 10 points que le connaissement contient, mais sans ajouter, comme le fait l'art. 7 de l'ordonnance sur les lettres de change, que le document, qui ne répond pas au signalement légal, n'est pas un titre produisant les effets légaux.

Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'insister sur les nuances que les législations présentent quant à la forme du

---

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., V, n°. 707.

connaissement, ou de reprendre pour le connaissement la question du timbre.

b. *obligations attachées au connaissement.*

Sur le terrain limité que j'ai choisi, l'obligation principale, attachée au connaissement, est celle qui a pour débiteurs l'entrepreneur du transport ou ses agents, et pour objet la prestation des marchandises. Cette obligation peut être précisée par des clauses, dans le titre ou dans les documents auxquels le titre renvoie. Il n'y a là rien d'étonnant pour moi ; les clauses modifient la confiance inspirée. Il se peut aussi que l'obligation en question ait pour condition l'accomplissement de certaines prestations par le porteur. Cela encore n'a rien d'étonnant, et il est inutile de recourir à la théorie de la cause des contrats ; le principe de confiance explique parfaitement cette particularité.

Qui donc est le débiteur de cette obligation principale? En principe ce doit être celui qui a inspiré confiance par sa signature ou par celle des personnes qui le représentent. Mais il y a sous ce rapport des nuances dans les lois, et même, en dehors des textes, des points douteux, qui dépendent des principes encore peu fixés de la représentation. Dans le droit anglais, le capitaine est obligé personnellement, par sa signature, et l'entrepreneur, dont il est l'agent, répond de son préposé dans des limites raisonnables (1). Dans le droit allemand, au contraire, le capitaine ne s'oblige pas personnellement, lorsqu'il agit en sa qualité et dans les limites de ses pouvoirs légaux (§ 533 c. d. c.), et qu'il n'a pas commis de faute (§§ 511, 512 ibid.) (2). Les codes scandinaves (art. 58) sont

(1) Maclachlan, op. cit., Ch. IV, p. 135.
(2) Wagner, *Lehrbuch des Seerechts*, § 37.

rédigés dans le même esprit. Dans notre droit, il y a un certain doute (1). Beaucoup d'autres questions peuvent surgir lorsque le connaissement est signé par un agent ou par un sous-entrepreneur, ou encore lorsque le signataire d'un connaissement direct engage plus ou moins nettement plusieurs entrepreneurs successifs. Je ne veux pas aller trop loin dans ce sens, il s'agit plutôt de questions dépendant du mandat et de la représentation.

L'obligation de livrer les marchandises peut être entourée de clauses. Le nombre de ces clauses est immense. Dans le droit anglais elles ont donné lieu à des jugements interprétatifs, auxquels Leggett consacre la plus grande partie de son travail. Notre législateur a parlé, dans l'art. 351 du code de commerce, de mentions faites sur le connaissement, et se rapportant au mauvais état des marchandises et de leur emballage, et, dans l'art. 513 du même code, de la clause qui porte que la quantité, le poids ou la mesure des marchandises sont inconnus. Le droit allemand (§§ 653 sqq. c. d. c.) est beaucoup plus explicite encore ; il règle entre autres l'effet des clauses „franc de bris", „franc de coulage" et „franc de détérioration", que la pratique connaît aussi en France (2), et dont les codes scandinaves parlent à titre d'exemple (art. 146).

On sait que les clauses des connaissements peuvent renverser la preuve, fixer les dommages et intérêts, et même aller jusqu'à dégager entièrement l'armateur de toute responsabilité. La validité de certaines clauses est contestée. Une discussion des arguments produits en cette matière serait inutile dans l'ouvrage actuel. Les textes sont

(1) Conf. Molengraaff, op. cit., § 58, C.
(2) Lyon-Caen et Renault, op cit., V, n⁰. 746.

encore rares, comme je l'ai dit en traitant du contrat de transport, et ils répondent plutôt à des considérations économiques locales qu'à des préoccupations de morale universelle. On me pardonnera certes de ne pas citer ici des autorités.

Le connaissement peut faire mention du fret et de quelques prestations accessoires, qui sont bien connues. Il peut le faire directement ou par le moyen d'un renvoi à la charte-partie. Dans ce dernier cas, l'interprétation de la clause peut donner lieu à des difficultés, que le code de commerce allemand a prévues dans son § 651, disposition que les codes scandinaves ont reproduite dans leur article 144.

c. *transmission de la qualité de créancier.*

Après ce qui a été dit de l'endossement de la lettre de change et des titres analogues, je peux me contenter ici de signaler quelques points saillants.

Le code de commerce néerlandais (art. 508) constate nettement que le connaissement peut être à personne dénommée, à ordre ou au porteur, et que le titre à ordre peut être transmis par endossement. Le code de commerce français (art. 281) et la loi belge du 21 Août 1879 (art. 40), mentionnent également les trois formes ; cette dernière parle de l'endossement en blanc (art. 44), et donne certains droits au porteur d'un connaissement, quand même ce titre serait à personne dénommée (art. 45). Le code de commerce italien (art. 555) et les codes scandinaves (art. 134) font mention du connaissement à ordre et du connaissement au porteur. Il y a une nuance entre le texte suédois et les deux autres. Le code de commerce allemand (§ 644) dit que le chargeur peut demander que le connaissement soit mis à l'ordre du destinataire ou même généralement „à ordre"; le connaissement

à personne dénommée, dit Cosack, est plus rare, et le connaissement au porteur est exceptionnel, sans être exclu (1).

D'après le texte du droit néerlandais, il faut que le connaissement soit à ordre pour qu'il soit endossable. Il en est de même du droit allemand (§ 363), qui fait une différence sous ce rapport entre la lettre de change et le connaissement; ce dernier titre, au reste, ne doit pas contenir le mot „connaissement". Dans le droit anglais, le connaissement semble être endossable sans clause à ordre (2), bien que la clause „or to his or their assigns" soit usuelle. Le statut de 1855 constate, dans son préambule, que les usages commerciaux ont rendu le connaissement endossable, en ajoutant qu'il importe d'établir que ce n'est pas seulement le droit de propriété qui peut passer à l'endossé, mais que ce dernier acquerra aussi les droits dérivant du contrat contenu dans le connaissement. Nous avons déjà vu, en traitant de la lettre de change, combien l'esprit du droit anglais diffère de celui du droit allemand. Les codes scandinaves (art. 134), font tous les trois mention d'une clause „non à ordre" dont l'effet est, ici encore, un peu différent dans le texte suédois que dans les textes danois et norvégien.

La forme de l'endossement présente quelques particularités, mais elles sont plutôt l'effet d'un renvoi exprès ou tacite aux dispositions édictées pour la lettre de change. La loi française est muette, ce qui conduit Lyon-Caen et Renault à admettre la distinction entre l'endossement régulier et l'endossement irrégulier (3). Le droit allemand (§ 365 c. d. c.) renvoie expressément aux articles 11—13 de l'ordonnance sur la lettre de change.

---

(1) *Handelsrecht*, § 93, III, 2, b et c.
(2) Leggett, op. cit., p. 629.
(3) Op. cit., V, n°. 716.

Il y a une divergence bien plus grave à constater en ce qui concerne les effets de l'endossement. Je n'ai pas tant en vue les nuances, qui peuvent se présenter quant à l'effet actif de l'endossement, selon les tendances des lois, que celles qui se rattachent à l'effet passif. Le droit allemand ne parle que de l'effet actif (§ 364 c. d. c.), et il faut admettre que l'effet passif ne se produit pas. L'endosseur ne répond donc pas, en sa seule qualité, de la délivrance, d'autant plus que le titre n'a pas d'échéance fixe et ne doit pas être protesté dans un certain délai. Je suis d'avis qu'il en est de même dans notre droit. Le code de commerce italien, par contre, renvoie d'une manière générale, dans son article 555, aux dispositions du titre X du livre premier quant aux effets de l'endossement, et VIVANTE enseigne, conformément au texte, que le recours contre les endosseurs est compris dans ces effets (1).

La matière est loin d'être épuisée. Bien des questions peuvent être soulevées en cas de faux, de destruction ou de perte. La loi allemande renvoie aux dispositions des articles 36 et 74 de l'ordonnance sur les lettres de change. Les codes scandinaves ont des dispositions analogues (artt. 134, 168) ; ils prévoient l'annulation d'un connaissement perdu (art. 167). Mais je ne veux pas aller trop loin.

d. *collision d'exemplaires.*

L'usage s'est établi d'émettre le connaissement en plusieurs exemplaires. Cette émission n'est pas sans danger. Plusieurs titres en style de promesse circuleront, alors qu'il n'y aura qu'une seule prestation, et il peut y avoir collision entre

(1) Op. cit., III, nos. 978, 1425.

plusieurs connaissements, acquis de bonne foi et régulièrement par des personnes différentes. Il faut bien admettre, même lorsque les lois ne le disent pas, que l'entrepreneur du transport ou le capitaine se libèrent en faisant délivrance au premier porteur légitime qui se présente, surtout lorsqu'il n'y a pas opposition (1). La disposition sur l'acceptation de deux exemplaires d'une lettre de change ne peut pas être appliquée. Mais lorsque deux porteurs légitimes se présentent en même temps, il faut presque un jugement de SALOMON. Tout cela est connu, mais, en attendant un règlement uniforme, il faut bien que les lois s'en occupent.

Quelques législations ont essayé de restreindre le champ des difficultés. Ainsi, le code de commerce allemand a remplacé l'exemplaire du capitaine par une copie (§ 642), le code italien (art. 556) veut que chaque exemplaire fasse mention de la personne à laquelle il est destiné, la loi belge (art. 40) statue que le connaissement exprime le nombre des exemplaires délivrés (2), les codes scandinaves permettent un numérotage avec influence sur le rang (art. 133 j° art. 140), etc.. Mais les plus grandes divergences se présentent lorsqu'il s'agit de décider entre plusieurs connaissements, acquis régulièrement et de bonne foi. Quelques données suffisent, il s'agit ici d'un terrain exploré suffisamment.

Notre législateur (artt. 516, 517 c. d. comm.) donne, à celui qui a un connaissement nominatif, la préférence sur celui qui n'a qu'un connaissement à ordre ou au porteur, mais la loi ne parle que d'une délivrance provisoire ; lorsque les connaissements sont également réguliers et identiques, c'est

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., V, n°. 719*bis*, n°. 724.

(2) Pour la France, cette exigence se trouve dans la loi sur le timbre, du 30 Mars 1872. Conf. LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., V, n°. 704.

le juge qui doit décider. C'est en somme au juge que renvoie aussi la loi belge (art. 44), bien qu'elle fasse mention du consul de Belgique à l'étranger, de même que le code de commerce italien (art. 557), qui ordonne la consignation judiciaire. La loi allemande (§ 649) statue que lorsqu'il y a plusieurs porteurs de connaissements, dont les droits sont contradictoires, celui qui le premier a obtenu le connaissement de l'auteur juridique commun est préféré. Les codes scandinaves (artt. 133, 134, 140 et 165) tiennent aussi compte de l'ordre des transmissions, mais lorsque le numérotage, permis par l'art. 133, a été fait, le connaissement du numéro le plus bas est préféré ; le porteur du connaissement préféré peut même agir contre un autre porteur, qui a obtenu la délivrance, mais qui a été de mauvaise foi ou coupable d'imprudence, lorsqu'il a acquis le titre. En France, il y a controverse (1) ; l'ordre des cessions semble prévaloir.

e. *transmission de la détention, de la possession ou de la propriété des marchandises mêmes.*

Il s'agit ici d'une question très intéressante, mais qui ne permet pas de placer les lois en opposition formelle ; dans les lois qui sont muettes, la question doit être résolue par des principes généraux, dont l'applicabilité est souvent controversée. De plus, elle ne se rapporte qu'indirectement à notre matière, le droit des obligations. Je vais me contenter d'une esquisse.

Dans le droit allemand, il y a un texte formel. Le § 647 du code de commerce assimile la remise du connaissement des marchandises, réellement confiées au capitaine ou à un représentant de l'armateur, à la remise des marchandises

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., V, n°. 725 sqq.

mêmes, sauf ce qui est dit, dans le § suivant, pour le cas où les marchandises auraient été délivrées au porteur d'un autre connaissement. On ne peut plus discuter en Allemagne que sur l'explication de ce § 647. La discussion est intéressante, mais je la laisse de côté. On me pardonnera de ne citer aucun auteur. En Angleterre, la transmissibilité de la propriété par tradition symbolique, au moyen de la transmission du connaissement, semble hors de doute également. Je ne cite pas d'auteurs non plus. La conception de la tradition symbolique s'écarte des idées allemandes, et, dans le droit anglais, les auteurs ne manquent pas de faire mention de ce qu'ils appellent, en anglo-latin, le „stoppage in transitu". Pour le droit français, Lyon-Caen et Renault admettent la transmission de la possession, qu'ils expliquent „facilement" en rappelant que la possession peut être acquise par l'entremise d'un tiers (1); au reste, l'art. 92 du code de commerce français, visé dans l'art. 95 du même code, parle d'un créancier „saisi" par un connaissement. Dans notre droit, il y a controverse.

C. **Application du droit.**

I. *quant aux faces que le connaissement peut présenter.*

Le connaissement peut se présenter sous la face locale-nationale ou locale-étrangère. Mais de même que pour le contrat de transport, il faut dire que ces faces n'offrent pas un grand intérêt dans la vie active universelle. S'il s'agit d'un connaissement fluvial ou lacustre, la localisation complète pourra se faire sans doute, mais alors il sera rare qu'un juge étranger ait à s'occuper du titre. Pour ce qui est du connaissement maritime, sur lequel j'ai concentré mon étude,

(1) Op. cit. V, n°. 713.

il me paraît inutile de m'arrêter au connaissement localisé plus ou moins complètement.

II. *quant à la forme.*

Les auteurs, qui acceptent l'autorité universelle de la règle „locus regit actum" avec un caractère obligatoire, et, à plus forte raison, les juges des pays où la loi a formulé cette règle en termes obligatoires, appliqueront à la forme du connaissement international le droit du pays où il a été créé ou émis; il n'y a pas un grand intérêt à distinguer ici entre la création et l'émission, qui se font normalement au lieu de départ. Ceux qui donnent à la règle en question un effet facultatif, seront amenés naturellement à examiner d'abord la loi qui régit le fond, et par suite ils donneront une autorité subsidiaire à une autre loi que celle du lieu d'émission, par exemple celle du lieu de destination ou celle du pavillon, voire celle de la nationalité commune des „parties", s'ils admettent qu'il y ait des parties. Il y aurait là un véritable nid de controverses, si réellement la forme avait une grande influence sur le connaissement, de manière à entraîner la conclusion que le titre, qui ne répond pas pleinement au signalement de la loi régissant sa forme, n'est pas un connaissement. Heureusement qu'il n'en est pas ainsi, de sorte que, grâce à ce biais, on peut arriver ici à subordonner la forme à la substance, en disant que dans la vie active internationale il suffira que la forme du connaissement manifeste ce qu'un homme sérieux et raisonnable doit pouvoir lire dans le titre, c'est-à-dire les éléments naturels de la prestation qu'il est en droit d'exiger, avec ou sans conditions.

III. *quant aux effets du titre pris en général.*

Il est évident que pour pouvoir se représenter pratiquement

comment l'application du droit se fera, dans l'organisation juridique actuelle de l'humanité, il faut tenir compte de la conception juridique, qui fait du connaissement un document constatant un contrat d'affrétement ou du moins de transport. Particulièrement en Angleterre, cette conception est profondément enracinée. Personnellement je ne la crois pas juste, mais, comme cette conception peut avoir de l'influence sur le droit applicable, la question de savoir quelle est la nature du connaissement se posera avant celle de savoir quelle est la loi applicable. Par suite il faut, tout au moins pratiquement, tenir compte de cette première question.

Lorsque l'on considère le connaissement comme le document qui constate un contrat, on n'a fait qu'un premier pas, et il s'agit alors d'appliquer les principes qui régissent les contrats. En tant que les interprètes reconnaissent l'autorité de la „lex loci contractus'', de la „lex loci executionis'', d'une combinaison de ces deux lois, ou encore de la loi nationale des parties ou du débiteur, ils arrivent, avec quelques efforts, portant entre autres sur la détermination du lieu du contrat ou du lieu d'exécution, à un résultat, que je n'hésite pas à nommer un peu mécanique. Toutes ces règles tranchent. On tranche aussi en posant, comme une règle coutumière universellement admise, l'autorité de la loi du pavillon pour les contrats maritimes, mais il y a là plutôt l'affirmation d'un usage qu'une conviction juridique commune. Beaucoup moins mécanique est l'autorité accordée à la volonté déclarée ou présumée des parties, et portant sur l'application d'une loi. Il faut supposer alors que les parties sont l'entrepreneur du transport ou le capitaine, d'un côté, et le premier chargeur, contractant en faveur du destinataire ou tiers porteur, de l'autre côté. C'est dans cet esprit que les auteurs anglais aboutissent à la loi

du pavillon, dont l'autorité a été reconnue dans leur pays par la jurisprudence (1). Je suis très disposé à admettre que ce résultat n'est pas déraisonnable, mais l'argument de l'autonomie me fait l'effet d'un argument trouvé après coup pour justifier un résultat, considéré comme raisonnable et pratique. L'appréciation de la volonté des parties, si parties il y a, est une question de fait.

J'ai déjà eu l'occasion de dire que je rejette ici, comme pour la lettre de change et les autres titres, la conception du contrat. Il s'agit d'une obligation, basée sur la confiance inspirée au public, et reconnue par le droit positif, national et international. Pour admettre que le connaissement, rédigé dans une forme de nature à inspirer confiance à un homme sérieux et raisonnable, produit une obligation, il n'est pas besoin de recourir à une loi. Le droit commun international suffit. Ce premier jalon posé, il faut déterminer la substance de cette obligation, et un résultat raisonnable peut être obtenu en examinant quelle est la mesure de la confiance inspirée. C'est la teneur du titre qui donnera cette mesure, mais cette teneur doit être interprétée, complétée au besoin, et de cette manière on peut arriver à l'application d'un droit ou même d'une loi, en se demandant ce qu'un homme sérieux et raisonnable, devenu acquéreur du titre de bonne foi et régulièrement, a dû attendre. Le principe est le même que pour la lettre de change et les autres titres, qui produisent une obligation en vertu du droit commun international, mais le connaissement a son caractère particulier. On ne peut pas rattacher la confiance inspirée par le connaissement au lieu

(1) LEGGETT, op. cit., introd. p. 136. WESTLAKE op. cit. § 219. FOOTE op. cit., p. 405, Tous ces auteurs citent *Lloyd* v. *Guibert* L. R. I. Q. B. 115 Conf. *Chartered Mercantile Bank of India* v. *Netherlands India Steam Nav. Cy*, 1882, Q. B. D., 521.

fiduciaire d'émission, comme cela est le cas pour la lettre de change. Ce lieu est souvent indifférent, le titre ne doit pas même l'indiquer nécessairement. C'est l'ensemble des circonstances accompagnant l'émission qui sera la mesure de la confiance inspirée. C'est ainsi que l'on peut donner à la loi du lieu de départ, si ce lieu est un marché ou si l'entrepreneur y a un établissement professionnel, à la loi du lieu de destination, en tant qu'il y a des prestations à faire dans ce lieu, et enfin, d'après les circonstances, à la loi du pavillon ou à celle de la nationalité des intéressés primitifs, l'autorité qui leur appartient légitimement, lorsqu'un homme sérieux et raisonnable a dû les avoir eues en vue. Si les circonstances n'indiquent pas que la confiance inspirée a porté sur une loi, le juge appliquera directement le principe de confiance, confirmé par le droit commun international. Cette règle est ondoyante, mais elle ne l'est pas plus que la vie active pour laquelle elle est faite. Pour aller plus loin, il faudrait un accord international, et, étant donné qu'on veut se mettre d'accord, il n'y a pas de raison de faire porter cet accord plutôt sur une règle mécanique que sur le fond de la matière. Les Etats scandinaves ont montré ce qu'on peut faire quand on est d'accord.

IV. *quant aux clauses d'exonération.*

J'ai réservé la question de la validité des clauses d'exonération, question qui mérite d'être traitée à part, parce que le caractère prohibitif des lois exclut l'application du principe d'autonomie, même pour ses adeptes les plus convaincus.

En traitant du contrat de transport, j'ai déjà examiné ces clauses (1). Elles se rattachent directement au connaissement

(1) Tome I. § 43 c., § 44.

pour ceux qui en font un document contractuel, et indirectement pour ceux qui sont d'une autre opinion, mais qui doivent reconnaître que le connaissement peut renvoyer à la charte-partie, ou contenir, dans son texte ou dans une annexe, des clauses d'exonération.

En tant que l'on considère le connaissement comme un contrat de transport ou que le connaissement renvoie à un contrat de transport, il faudra bien que l'on détermine la loi qui régit les clauses d'exonération, *indépendamment de l'autonomie.* Il faut que ce soit une loi qui ait le droit de commander. En traitant du contrat de transport, j'ai considéré comme telle la loi du lieu d'expédition, lorsqu'elle forme un marché, où l'offre et la demande des transports se produisent régulièrement, ou bien lorsque l'entrepreneur du transport a un établissement professionnel dans ce lieu. Le juge, saisi d'un procès, appliquera aussi sa propre loi, en tant que cette loi l'ordonne, comme le fait la loi américaine du 13 Février 1893, ou en tant qu'il considère les dispositions de la lex fori comme des lois touchant à la morale universelle. Il se pourrait aussi qu'il appliquât, aux navires de la marine marchande de son propre pays, la loi de leur pavillon, mais cela aurait pour résultat une espèce de privilège, attaché au pavillon étranger.

Mais nous pouvons supposer que les clauses d'exonération, comme cela est d'usage, se trouvent dans le connaissement même. Il s'agit alors de déterminer s'il y a une loi, qui régit la validité de ces clauses, et dont l'application s'impose au respect général. On peut se tirer d'affaire assez aisément, en disant qu'il faut se reporter au contrat de transport, qui se trouve derrière le connaissement et qui lui sert de cause, et arriver ainsi à la conclusion que les clauses d'exonération, qui se trouvent dans le connaissement, sont régies par la loi

du port d'expédition, d'après le système de la „lex loci contractus", de la même manière que les clauses, qui se trouvent dans un contrat de transport. Mais cela n'est pas logique, s'il est vrai que le connaissement produit des obligations, dont la mesure dépend de la teneur du titre et de la confiance inspirée par cette teneur. En analysant cette confiance, on peut bien aboutir à la loi du port d'expédition, à celle du port de destination ou à celle du pavillon du navire, etc., mais aucune de ces lois ne commande. Il faut dire que celui qui a signé le titre, ou au nom de qui il a été signé, n'est tenu en principe que sous réserve des clauses d'exonération, et que ces clauses ne seront considérées comme non écrites que si le juge, appelé à se prononcer, trouve dans la loi de son pays un texte qui lui ordonne de leur refuser tout effet, ou bien si, dans le silence de cette loi, il les considère comme contraires à la morale *universelle* ou à l'ordre public de la *société universelle.*

Un exemple d'un texte de ce genre nous est fourni par la loi américaine, citée plus haut, qui détermine elle-même sa sphère d'application, de manière à lier le juge américain. Cette loi se déclare applicable à tout navire, transportant des marchandises entre les ports des Etats-Unis et les ports étrangers (sectt. 2 et 3). Elle affirme ainsi son caractère de mesure de protection pour les importateurs et exportateurs américains, en même temps qu'elle se localise par les dispositions pénales de sa section 5. Cette loi peut aussi nous faire comprendre que la question ne peut pas être réglée d'une manière satisfaisante par une législation isolée, ou par un renvoi, même universel, à la loi du pavillon. Ce qu'il faut, si l'on veut protéger le public contre la tyrannie des entrepreneurs de transports, c'est l'élaboration d'un droit commun international positif, dans le genre du traité de

Berne sur les transports internationaux de marchandises par les chemins de fer, mais avec une sphère d'application plus large encore.

V. *quant à l'endossement.*

Les questions sont ici bien moins compliquées que pour la lettre de change et les autres papiers analogues. L'effet principal de l'endossement du connaissement est l'effet actif; l'endossé a le droit d'exiger la prestation des marchandises. Cet effet est admis universellement, quelles que soient les divergences qui existent en théorie sur la nature de l'endossement. C'est à peine aussi, en ce qui concerne l'effet actif, si l'on peut attacher de l'importance à la forme; l'endossement en blanc, l'endossement irrégulier donnent aussi bien le droit de se faire délivrer les marchandises que l'endossement régulier. On peut sans doute établir des différences entre ces endossements, mais cela est plutôt de la théorie.

Les droits de l'endossé dérivent de l'obligation de celui qui a émis le titre. Ce qui a été dit des effets généraux de l'émission du connaissement suffit pour établir quelle est la substance de la créance acquise par l'endossé.

Quant aux obligations de l'endossé, elles dépendent en principe de la confiance inspirée par l'endosseur à ses successeurs. Mais, d'après la grande majorité des lois, l'endosseur, comme tel, n'est pas garant de la prestation, de sorte que les rapports entre l'endosseur et son endossé immédiat seront déterminés par la relation juridique collatérale, vente, commission, etc., qui peut exister entre eux. Si l'endossement fait mention d'un lieu, qui se trouve dans un pays où l'endossement n'a aucun effet passif par lui-même, ou si l'endossement, qui ne fait pas mention d'un lieu, a été apposé par

une personne établie dans un pays de ce genre, l'endosseur ne devra aucune garantie comme tel ; il n'a pas pu inspirer la confiance qu'il la devrait. Même si l'endossement est daté d'un pays dont la loi a admis l'effet passif ou s'il émane d'une personne établie dans un pays de ce genre, le signataire ne sera pas nécessairement garant d'un connaissement, qui n'est pas absolument localisé dans ce pays. L'effet passif de l'endossement d'un connaissement est trop exceptionnel; il faudra qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le signataire a dû inspirer, à un homme sérieux et raisonnable, la confiance que la signature produira cet effet passif.

VI. *quant à la collision entre les exemplaires.*

La pluralité des exemplaires engendre des abus, que nous avons déjà constatés et qui ont donné lieu à des dispositions légales, plus ou moins arbitraires, destinées à trancher des questions, qu'il vaudrait mieux éviter de poser. Il est admis généralement que le capitaine et ceux qu'il représente sont libérés en délivrant les marchandises au porteur d'un exemplaire régulier, qui se présente sans opposition et sans conflit, et les questions attachées à l'opposition sont plutôt des questions d'interprétation que des questions d'application d'un texte formel, mais il y a des textes très divergents lorsque plusieurs titres réguliers se présentent à la fois. Si l'on examine avec soin les lois, on voit qu'elles ont le caractère d'une instruction que le législateur donne au magistrat chargé de juger, et comme ce magistrat siége dans le pays d'arrivée et que l'objet du litige est la mise en possession effective de biens qui s'y trouvent, on peut dire que l'esprit général des lois doit porter le juge du pays d'arrivée à

appliquer la loi de son pays. Mais la solution ainsi obtenue peut aussi, abstraction faite de l'interprétation des textes, être défendue comme la solution relativement la meilleure. La préférence donnée au connaissement nominatif, au connaissement transmis le premier ou au connaissement portant le numéro le plus bas, ne repose pas du tout sur l'intention des parties — en tant qu'on suit la conception du contrat — ou sur la mesure de la confiance inspirée; le porteur, écarté après coup, a eu tout lieu de croire raisonnablement que ce serait à lui que la prestation serait faite. La loi, que les parties ou les personnes intéressées ont voulu suivre, n'a pas ici une autorité fondée logiquement; elle ne commande pas. Ce que l'on peut dire, c'est que les intérêts des porteurs sont enchevêtrés au lieu d'arrivée, par suite de l'émission en plusieurs exemplaires, que le droit commun international admet. Or, étant donné que l'enchevêtrement existe et qu'il faut absolument le débrouiller, l'application de la loi du lieu, où il se produit, forme encore le meilleur moyen d'arriver à un résultat, conforme aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle.

Il y a cependant une question importante, sur laquelle la loi, qui se trouvera régir la substance du connaissement, pourra avoir de l'influence, c'est celle de la bonne foi du porteur et surtout de la régularité de son acquisition. Si le connaissement provient d'un pays où le numérotage influe sur le rang ou s'il porte la mention de la personne à laquelle il est destiné, le porteur d'un numéro élevé ou d'un titre, portant une indication qui montre qu'il n'est pas destiné à circuler, aura de la peine à faire admettre sa bonne foi et la régularité de son acquisition.

Dans tous les cas, le lecteur comprendra combien il serait

désirable de régler la matière par la voie d'une législation uniforme. On y a déjà songé.

VII. *quant à la transmission de la détention, de la possession ou de la propriété des marchandises mêmes.*

J'ai dit combien il y a de controverses sur l'existence de ces transmissions et sur leur caractère juridique. Mon but, en m'arrêtant ici un instant, est de montrer que la question ne porte pas du tout sur la substance des obligations attachées au connaissement, et que partant la loi, qui éventuellement régira cette substance, ne régira pas nécessairement le droit absolu, qui dérive d'un état de fait, d'un symbole ou d'une fiction. Il y a cependant un certain parallélisme entre cette question et la question de la collision des connaissements; le plus souvent le porteur, mis en possession réelle par décision du magistrat du pays d'arrivée, acquerra ou se verra en mesure de maintenir son droit de propriété, son nantissement, son privilège de commissionnaire, etc. Au surplus, la question se rattache au droit international des biens meubles, qui ne soulève pas moins de controverses que le droit international des obligations.

---

§ 114. *La cédule (récépissé, warrant)*

A. **Observations générales.**

Les établissements de dépôt de marchandises forment, au fond, de véritables institutions coopératives. Au lieu de conserver ses marchandises dans ses propres magasins, le commerçant s'adresse à une institution qui fait profession de

magasinage, et, en coopérant ainsi indirectement avec ses confrères, il assure la bonne conservation de ses marchandises avec un minimum de dépenses. Les magasins généraux peuvent, comme on sait, servir d'entrepôts. Ils peuvent aussi remettre à leurs clients des documents négociables.

Ces documents se rapprochent en théorie, et souvent même dans la pratique, des connaissements. Leur nature soulève les mêmes controverses. De même que le connaissement n'a pas encore pu se dégager du contrat de transport, le document émis par l'entrepreneur du magasin — la cédule — ne s'est pas encore dégagé du contrat de dépôt, salarié ou non, régulier ou irrégulier. La cédule, en principe, peut être à personne dénommée, à ordre ou au porteur. On peut poser la question de savoir si elle transmet la possession ou la propriété. Il y a d'autant moins lieu de reprendre tous ces points, que la cédule, le plus souvent, ne circule pas d'un bout du monde à l'autre, comme le connaissement; elle circule sans doute, mais elle ne s'écarte guère des environs du lieu où se trouve le magasin, et son lieu d'émission se confond normalement avec le lieu de délivrance.

Abstraction faite de la question de savoir si la remise de la cédule transmet la possession ou la propriété des marchandises, la cédule sert à faciliter diverses opérations, surtout la vente et la mise en gage. Certaines lois se sont même efforcées de permettre aux intéressés de mener de front la vente et la mise en gage, en réglementant la cédule double, ou plutôt divisible en deux, dont une moitié sert à la délivrance, entre vendeur et acheteur par exemple, et l'autre moitié à la mise en gage. Bien que les relations juridiques de ce genre se localisent assez facilement, il est bon de s'y arrêter un moment.

B. Esquisse du droit comparé.

a. *la cédule simple.*

La cédule simple, née des usages du commerce, n'a pas fait partout l'objet d'une réglementation légale. Il en est ainsi dans les Pays-Bas, où cependant les titres en question sont usités depuis longtemps, et où leur existence légale n'est pas mise sérieusement en doute. A Amsterdam, notamment, il y a des règlements communaux, déclarant les titres endossables. La loi fédérale suisse nomme notre document, mais sans entrer dans de grands détails (artt. 209, 212, 844—845). Le code de commerce allemand a consacré une section (III, 5) aux obligations professionnelles des entrepreneurs de magasinage. Il déclare endossables (§ 363) les cédules à ordre émises par les établissements, qui ont reçu des pouvoirs compétents l'autorisation d'émettre ces sortes de titres, et règle encore les effets de l'endossement (§§ 364, 365). Le § 424 du code constate aussi l'effet réel de la transmission du titre à ordre. Pour le reste, la loi de 1897 sur la mise en vigueur du code de commerce (art. 16) laisse subsister les dispositions particulières des lois des Etats allemands. En France, les lois (1) mentionnent le récépissé, mais plutôt en vue de son frère siamois, le warrant. Elles déclarent le récepissé transférable par endossement, y attachent un droit sur l'indemnité d'assurance, et prévoient le cas de perte. En Italie, le code de commerce (artt. 461—479) est encore plus développé, mais c'est surtout aussi en vue de son rapport avec le warrant (nota di pegno) que la loi s'occupe de la cédule (fede di deposito). Il est inutile de continuer l'énumération; la localisation du droit se montre déjà, au reste, dans l'esprit des lois.

(1) Loi du 28 Mai 1858 sur les négociations, etc., décret du 12 Mars 1859, loi du 31 Août 1870.

b. *la cédule divisible.*

Ce serait faire injure au lecteur que de lui donner un petit traité préliminaire sur le warrant. L'histoire du warrant a été faite et des ouvrages spéciaux lui ont été consacrés, particulièrement en Allemagne et en Autriche. Dans notre pays, l'attention a été souvent appelée sur ce titre; la Société des juristes a mis la double cédule à l'ordre du jour de sa session de 1889, et un de nos meilleurs jurisconsultes, J. A. Levy (1) a écrit sur le warrant un ouvrage magistralement documenté. Le warrant a fait, chez nous, l'objet de plusieurs thèses intéressantes. Je ne songe pas à refaire ce qui été fait avec tant de soin.

La principale divergence entre les législations consiste dans le fait que les unes ne s'occupent pas de la cédule divisible, alors que d'autres s'en occupent. Le silence des lois n'empêche pas nécessairement l'émission de titres de dépôt ou de gage, produisant des obligations ou des droits de sûreté (2), mais, d'après les nuances des systèmes législatifs, ces titres seront endossables ou ne le seront pas, et le plus souvent il n'y aura pas de recours, sur la seule foi du document.

Dans un grand nombre de pays, notamment la France, l'Italie, la Belgique et l'Autriche, la cédule divisible a fait l'objet d'une réglementation légale, destinée à donner au commerce, particulièrement au commerce local, les facilités de la „weight note" et du „warrant" anglais. Les lois ont voulu rendre possible la négociation du surplus de valeur, qui peut se trouver dans les marchandises données en gage, en même temps que la transmission de la créance gagée. Elles

(1) *De Warrant.* La Haye. 1889.

(2) Cosack, *Handelsrecht* § 102. IV.

distinguent soigneusement entre le titre servant à la vente, et le titre servant à la mise en gage. Le premier s'appelle „récépissé" dans la loi française du 28 Mai 1858 (art. 1 sqq.); „cédule" dans la loi belge du 18 Novembre 1862, portant institution du système des warrants (art. 1 sqq.); „fede di deposito" dans le code de commerce italien (art. 461) et „Lager-Besitzschein (Recepisse)" dans la loi autrichienne du 28 Avril 1889 (§ 17). Le second titre s'appelle respectivement: „bulletin de gage" „warrant", „nota di pegno", „Lager-Pfandschein (warrant)". Les droits et recours attachés à ce dernier titre ont pour but de le rendre négociable en banque; c'est ainsi que la loi française citée (art. 11) dit que les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants comme effets de commerce, avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts. Le warrant se trouve garanti par la valeur des marchandises et par un recours donné, soit subsidiairement après la vente si le prix est insuffisant, soit purement et simplement, contre les endosseurs du warrant, et même à la rigueur, contre ceux de la cédule (1). Il est très intéressant de comparer dans les détails les lois qui ont des textes positifs, mais cette comparaison a été faite souvent avec talent; d'ailleurs, l'esquisse que j'ai donnée suffit pour donner à la question de l'application du droit un caractère pratique.

C. **Application du droit.**

Les explications, que j'ai données quant au connaissement et quant à son endossement, vont me permettre d'être fort bref; le lecteur qui a bien voulu me suivre peut

---

(1) Vivante, op. cit., IV. n°s 1845 sqq.

aisément se représenter ce que j'aurais dit, si j'avais traité cette matière avec autant de détails que les autres.

Les titres de dépôt se présenteront le plus souvent sous la face locale-nationale ou locale-étrangère. D'abord parce que les marchandises déposées restent dans le magasin, et que le titre est émis normalement dans le pays où la délivrance des marchandises doit se faire. Et ensuite parce que les titres en question ne circulent guère dans les pays autres que celui de leur émission ; une espèce d'attraction économique les retient dans le voisinage du magasin. L'application du droit est alors aussi simple que possible, le juge national et le juge étranger, si ce dernier se trouve avoir juridiction et compétence, appliqueront le droit local.

Le cas où la prestation doit être faite dans un pays autre que celui où se trouve le magasin est peu pratique. La loi autrichienne (§ 21) suppose bien que le warrant peut être „domicilié" dans un établissement autre que le magasin, mais cet établissement doit se trouver dans le même lieu que ce magasin. La circulation internationale par voie d'endossement ou de remise de la main à la main peut se concevoir, mais comme les effets actifs, que l'endossement produit à l'égard du magasin, dérivent de l'obligation de ce dernier, que cette obligation, à son tour, dépend, en principe, de la confiance inspirée, et que cette confiance, enfin, est localisée par la situation du magasin, l'application du droit ne peut guère faire de doute. Les obligations de l'endosseur envers le porteur seront déterminées, *dans le cas fort rare d'une circulation internationale du titre*, sur la base de la confiance inspirée, au public, par celui qui appose sa signature. S'il résulte nettement, des circonstances de l'émission et de la circulation, que l'endossement a dû inspirer, à un homme sérieux et raisonnable, la

confiance que l'endosseur, comme tel, garantirait, subsidiairement ou purement, la prestation, l'endosseur sera garant. En cas de doute, la garantie ne sera pas admise. Elle ne forme pas un droit commun international ; il faut que le fait de la confiance inspirée soit bien établi. Quant aux questions de forme, de timbre, de perte, d'amortisation, etc., je les mentionne pour mémoire.

Il résulte de ce qui précède que l'uniformité internationale, en cette matière, n'est pas réclamée par une nécessité absolue. Dans les pays fédératifs, cette uniformité n'existe même pas. L'Allemagne, comme nous l'avons vu, a abandonné la matière aux législations particulières ; l'existence d'une loi spéciale, à Brème par exemple, n'a pas été considérée comme une source de difficultés. En Suisse, la loi fédérale (art. 845, alin. 2) abandonne les recours, en matière de warrants, à la législation cantonale.

QUATRIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UN FAIT QUI CAUSE UN DOMMAGE À AUTRUI.

TITRE PREMIER

GROUPEMENT GÉNÉRAL

§ 115. *Observations préliminaires*

Dans la rubrique de cette quatrième partie de mon travail, j'ai parlé en général d'un fait qui cause du dommage à autrui. Cette désignation contient la mention d'un *fait* — dans le sens le plus large de ce mot, comprenant l'omission d'agir lorsqu'il aurait fallu agir — puis d'un *dommage* souffert par autrui, et enfin d'un *rapport de causalité* entre le fait et le dommage. Ces éléments forment la colonne vertébrale de toutes les obligations dont je vais avoir à m'occuper. D'autres éléments viendront donner une figure particulière à ces obligations. Le fait peut être personnel au débiteur ou non, il peut lui être imputable ou non, il peut être illicite ou non. C'est par ces derniers éléments qu'il me faudra grouper.

Mais avant de grouper, je me permets de faire quelques observations.

Le fondement juridique des obligations, dont nous allons nous occuper, n'est pas moins discuté que celui des obligations conventionnelles ou celui des obligations attachées à des titres. Le développement moderne du droit s'écarte assez fortement du droit-ancêtre, le droit romain. C'est surtout la matière

de l'imputabilité et de l'imputation qui est devenue le champ-clos de luttes théoriques. A l'ancienne théorie de la nécessité d'une faute, théorie si profondément enracinée que le code civil allemand l'a adoptée (1) comme le code Napoléon, vient s'opposer une théorie, tout à la fois nouvelle et désireuse de descendre en droite ligne de l'ancien droit germanique, et qui voudrait prendre la pure causalité pour base (2). Entre les deux extrêmes viennent se placer naturellement toutes sortes de conceptions, essayant de donner un fondement juridique aux dispositions des lois, qui établissent une responsabilité sans la condition d'une faute, *tout en exigeant quelque chose de plus que la simple causalité.*

Je n'ai pas à entrer dans ce débat. Je me contente d'indiquer que la comparaison des lois me mettra à chaque instant en présence de divergences théoriques, qui font obstacle à l'avénement d'un droit commun international complet. C'est ce que j'ai déjà constaté plusieurs fois pour certains contrats, la donation par exemple, et surtout pour la lettre de change et les autres titres. Je constaterai sans discuter. Mais ce que je crois pouvoir poser comme pierre fondamentale de mon travail comparatif et de mon groupement, c'est l'idée que les obligations, dont nous allons nous occuper, peuvent toutes être ramenées, comme les autres obligations,

---

(1) Dernburg, op. cit., II[1], § 25, II[2] § 383. Je ne mentionne que pour mémoire l'histoire des dispositions du code allemand (§ 752 du deuxième projet).

(2) Je citerai seulement: V. Mataja, *Das Recht des Schadenersatzes v. S. d. Nationalökonomie* (Leipzig, 1888). Steinbach, *Die Grundsätze des h. R. ü. d. Ersatz von Vermögensschäden* (Vienne, 1888). Dr. G. Schmidt, *Das Schadenersatzrecht des Entwurfs* (Gutachten aus dem Anwaltstande, Berlin, 1889) p. 1183 sqq. Conf. Binding, *die Normen* (Leipzig 1872) I § 31, p. 207 sqq. M. Rümelin, *Die Gründe der Schadenszurechnung u. s. w.* (Leipzig 1896) et Unger, *Handeln auf eigene Gefahr* (3e édit. Iena 1904).

à *un devoir social d'homme à homme,* dérivant de la vie en commun, et des exigences de l'ordre raisonnable de cette vie. En théorie, on peut songer à classer les diverses modalités de ce devoir, peut-être même à les subordonner à une règle unique. Le droit comparé ne peut que constater la diversité. Il n'y a pas encore de droit commun international complet, et il faut prendre le monde juridique tel qu'il est.

---

§ 116. *Groupement*

De même que dans la classe des obligations attachées à des titres nous avons pu mettre en avant la lettre de change, comme matière qui nous présentait un droit commun international bien caractérisé, nous allons prendre ici comme objet de nos recherches, dans un premier groupe, le fait *illicite personnel, imputable* et *dommageable.* Lorsqu'un pareil fait se produit, l'ordre raisonnable de la vie des hommes en commun exige impérieusement que le dommage souffert par autrui soit réparé, et cette exigence, reconnue par le droit positif, produit une obligation, ayant pour créancier celui qui a souffert, pour débiteur l'auteur du fait et pour mesure rationnelle l'étendue du dommage. Mais si cette exigence est sanctionnée par le droit commun international, il y a bien des nuances dans la manière dont les législations ont réglé les éléments de l'obligation, et la circonstance que le fait est souvent prévu par une loi pénale accentue les différences.

Au fait personnel, illicite et imputable, vient s'opposer immédiatement le fait *personnel, qui n'est pas imputable ou qui n'est pas illicite en lui-même*, mais auquel certaines lois ont attaché une obligation de réparation. Je crois bien faire

en formant de ce fait un deuxième groupe. Il n'y a pas ici de droit commun international, et le droit pénal ne peut avoir avec le fait qu'un rapport extrêmement éloigné.

Je formerai un troisième groupe des cas où la responsabilité d'une personne est engagée *sans qu'il y ait un fait personnel de la part de celui qui doit réparer un dommage.* Cette responsabilité peut être engagée par le fait d'autrui ou, plus largement encore, par l'exercice d'une profession qui présente certains dangers pour autrui. Elle peut être engagée par un animal ou une chose inanimée. Ce troisième groupe pourrait, comme cela se voit souvent dans les manuels, venir immédiatement après le premier, mais, tout bien pesé, j'ai cru devoir lui donner la troisième place. Le fait, ici, ne peut pas toujours être qualifié d'illicite. Si l'on ne peut pas dire qu'il y ait un droit commun international bien fixé, il y a des cas où l'on peut soutenir qu'il existe. Enfin, s'il est vrai que le rapport, entre le troisième groupe et le droit pénal, est également un rapport très éloigné, il est possible, surtout si l'on attache aux faits du troisième groupe une présomption de faute, de voir dans quelques-uns de ces faits des infractions commises par omission. L'application du droit, pour le troisième groupe, se rattachera tantôt aux principes du premier groupe, tantôt à ceux du second.

Je ne prétendrai pas que ce groupement soit irréprochable théoriquement, mais, dans l'état actuel des législations, je crois qu'il se prête le mieux à un exposé méthodique du droit comparé.

TITRE SECOND

EXAMEN DES DIVERS GROUPES

1er GROUPE

LE FAIT ILLICITE PERSONNEL, IMPUTABLE ET DOMMAGEABLE

§ 117. *Subdivision*

Il existe un système de classification, dont Pothier a emprunté les termes au droit romain et que le droit français, entre autres, n'a pas répudié, c'est celui qui repose sur la distinction entre les délits et les quasi-délits. Dans ce système, le délit civil, qu'il faut distinguer soigneusement du délit pénal, suppose une intention de nuire alors que le quasi-délit n'exige qu'une faute. Les éléments classiques de la distinction, le dol et la faute, forment une opposition suffisamment nette, mais les différences entre les conséquences du dol et de la faute, dans la matière qui va nous occuper, ne sont pas assez marquées pour que la distinction puisse servir à couper cette matière en deux. Notre législateur a abandonné la distinction en 1838, le droit allemand positif ne la connaît pas et lorsque les auteurs allemands en parlent, ils ne suivent pas le système de Pothier. En mentionnant ce système, je rends hommage à sa valeur historique, mais je ne le prendrai pas pour base de mon travail (1).

(1) Pothier, *Obligations*, n°. 116. Baudry-Lacantinerie et Barde op. cit., XIII nos 2852, 2853.

Je ne parlerai pas même de „délits", pour ne pas donner lieu à une confusion avec le sens que ce mot a dans le droit pénal d'un grand nombre de pays (1).

L'expression „fait illicite" me suffira.

Pour ranger avec méthode les données du droit comparé, je parlerai d'abord du principe général, qui attache une obligation à l'acte illicite personnel, imputable et dommageable, pour m'occuper ensuite de quelques questions spéciales.

(1) Conf. Rolin, op. cit., I. p. 581.

1re SECTION

LE PRINCIPE GÉNÉRAL

§ 118. *Considérations générales*

Je me permets de poser, comme un principe général du droit commun international, que tout fait personnel illicite, imputable à son auteur et dommageable pour autrui, oblige cet auteur à réparer le dommage. Je ne puise pas ce principe dans la théorie, qui oscille entre la donnée de la faute et celle de la causalité, mais je crois qu'on peut y aboutir en extrayant de toutes les lois un type composé. En théorie, on peut dire aussi que le caractère illicite se confond avec l'imputation, mais il y a des législations qui exigent, non-seulement que l'acte soit illicite, mais aussi qu'il soit imputable.

Les textes qui se rapportent au principe général sont assez nombreux, mais vingt fois plus grand est le nombre des questions que les lois abandonnent à la conscience du juge. Sans entrer dans les controverses, je mentionnerai ces questions en passant, quand ce ne serait que pour montrer que le développement du droit commun international, qui existe en cette matière, n'est pas trop entravé par les textes. C'est une circonstance curieuse et même un avantage relatif.

---

§ 119. *Points saillants du droit comparé*

A. Détermination du caractère illicite

Ce qui caractérise les divers systèmes législatifs, c'est le degré plus ou moins grand de liberté que les lois ont donné au juge, quant à l'appréciation du caractère illicite d'un fait. Deux législations peuvent être prises pour principaux types de comparaison, le droit français et le droit allemand.

Dans le droit français, le texte bien connu des artt. 1382 et 1383 du code civil ne s'oppose pas à une interprétation fort large, et la jurisprudence montre que les juges se servent de cette latitude. Les auteurs enseignent sans doute qu'il faut que le fait, entre autres, *lèse le droit d'autrui* (1). Seulement, dans l'appréciation du mot droit, la jurisprudence se montre large; elle considère, comme des éléments du droit d'une personne, la vie, la santé, l'honneur, le travail, la productivité économique, la jouissance des fruits de l'intelligence, etc.

En Allemagne une interprétation moins large avait prévalu, même avant la codification de 1900, pour la partie du pays où le code Napoléon était en vigueur. Et, dans le nouveau code, ce qui frappe, c'est le soin que le législateur a pris de *préciser les droits dont la lésion donne lieu à une action.* A-t-il réussi? Je ne voudrais pas l'affirmer (2). Mais la science allemande finira par dégager complètement le problème. Je constate que la loi énumère les faits illicites. Ce sont:

1°. le fait, culpeux ou doleux, qui porte atteinte, sans droit,

---

(1) Laurent, *Principes*, XX n°. 401 sqq. Toullier, *Le droit civil français*, ad art. 1382, c. c. Marcadé, *Explication th. et pr. du Code Napoléon*, V. ad artt. 1382—1383 cod.

(2) Dernburg, op. cit., II² § 383.

soit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé ou à la liberté d'autrui, soit au droit de propriété *ou à un autre droit d'autrui.* Il y a une controverse sur la relation entre l'expression „droit de propriété" et l'expression „autre droit", mais je constate simplement l'existence de cette controverse, de même que celle de la question qui se rattache à l'omission du mot „honneur" (§ 823, 1er alinéa);

2°. le fait, culpeux tout au moins, attentatoire à une loi dont le but est de protéger une autre personne (§ 823, 2e alin.);

3°. le fait de causer *doleusement* un dommage à autrui, par un acte contraire à la morale (§ 826). Je ne discute pas non plus, et je ne mentionne qu'en passant la critique que von Liszt (1), entre autres, a dirigée contre l'expression „la morale" (les bonnes mœurs).

A ces trois catégories générales, il faut ajouter quelques dispositions spéciales. Ainsi le § 824 parle de l'atteinte au crédit, qualifiée par la loi, et le § 825 d'une atteinte, qualifiée également, à la liberté sexuelle d'une femme.

On pourrait dire, et l'on a même dit en Allemagne (2), que la loi allemande atteint au moyen d'une énumération le point que le droit français occupe par sa formule générale, mais il y a en fait une différence profonde. Le droit français ne limite pas par son texte le pouvoir du juge quant à l'appréciation de la lésion du droit d'autrui; le droit allemand a voulu limiter ce pouvoir.

Il est aisé, pour un jurisconsulte de mon pays, de se rendre compte des conséquences pratiques de cette divergence. L'art. 1401 du code civil néerlandais correspond à peu près à l'art. 1382 du code civil français; notre législateur a cru

(1) *Die Delictsobligationen im System des B. G. B.* p. 43.
(2) Kuhlenbeck, Das B. G. B., I. ad tit. XXV. lib. II. Vorbemerkung.

devoir mentionner le caractère illicite de l'acte, que le législateur français sous-entend ou qu'il exprime au moyen du mot „faute”. Mais une interprétation restrictive domine dans la jurisprudence de notre Cour de cassation. Mon collègue de l'Université d'Utrecht, MOLENGRAAFF (1), a défendu énergiquement une interprétation extensive; il considère, comme agissant illicitement, toute personne qui se conduit d'une manière contraire au bon ordre social. Cette interprétation a trouvé des adhérents et des contradicteurs, mais la Cour de cassation s'est rangée décidément au nombre de ces derniers (2); elle exige que l'acte soit contraire à un devoir juridique ou qu'il porte atteinte à un droit (subjectif) d'autrui.

J'ai encore trouvé dans le droit russe, le droit portugais et le droit anglo-américain, entre autres, des données curieuses, mais je m'abstiens de pousser cette comparaison plus loin que cela n'est absolument nécessaire. C'est pour cela que je ne parle, ni des cas où le caractère illicite disparaît par suite d'un droit légal ou contractuel de celui qui a agi, ni de l'abus qu'une personne peut avoir fait de son droit (Code civil allemand, § 226).

B. Détermination du créancier.

Il y a un très grand nombre de divergences qui appartiennent plutôt à la théorie qu'à la comparaison des textes.

En principe, il faut qu'il y ait une personne lésée, qui deviendra créancière. Par personne lésée on peut entendre tout sujet juridique, qu'il soit personne naturelle ou personne civile. Quant aux personnes naturelles, on pourrait parler, sinon de celui qui n'est pas encore né, du moins de celui qui n'est

---

(1) *Rechtsgeleerd Magazijn* VI. 384.
(2) Arrêt du 6 Janvier 1905, Weekblad, n°. 8163.

plus, ou qui est mort civilement; on pourrait même songer à l'étranger. Pour ce qui est de la personne civile, il est évident qu'elle peut être lésée dans son patrimoine, mais a-t-elle un honneur? Il peut encore y avoir plusieurs personnes lésées par un même fait. Puis, la lésion peut être plus ou moins directe. L'action appartient-elle à la veuve, aux enfants, aux ascendants, aux héritiers? Un créancier peut-il intenter l'action en son nom personnel? Un assureur le peut-il, sans subrogation?

Enfin, on peut rattacher, à notre question, la compensation entre la faute de celui qui a lésé un droit et la faute de celui qui a souffert le dommage.

Les lois, qui gardent le silence sur une partie de ces points, ne donnent pas lieu nécessairement à une autre interprétation que les lois qui ont voulu donner quelques solutions. La conscience juridique du magistrat a ici un rôle considérable.

Il y a quelques textes, clair-semés et souvent d'une portée restreinte.

Notre législateur parle, dans l'art. 1406 du code civil, pour le cas de meurtre, volontaire ou non, des droits du conjoint survivant, des enfants et des parents de la victime, *que cette victime entretenait par son travail.* Dans l'art. 1411, il énumère les personnes qui peuvent agir en cas d'atteinte à la mémoire d'une personne décédée. Dernburg (1) lit dans le § 823 du code civil allemand que le seul créancier est celui qui est lésé *immédiatement*; il admet cependant que le propriétaire et le locataire-possesseur d'un bien, le propriétaire et l'usufruitier, le propriétaire et le créancier-gagiste peuvent être lésés tous deux en même temps. Il constate, naturellement, que les §§ 844 et 845 du code admettent, dans des cas spéciaux, une lésion

(1) Op. cit., II[2] § 385.

indirecte, par exemple en cas d'atteinte à la liberté de celui qui s'était engagé à une prestation de service. Cosack est plus large (1); il admet que l'acheteur d'un bien, même lorsqu'il n'a qu'une créance, peut être lésé par une détérioration de la chose; il ne va pas cependant jusqu'à donner une action à la compagnie d'assurances sur la vie, en cas de meurtre de la personne sur la tête de laquelle l'assurance repose. Pour la France, Lyon-Caen et Renault (2) n'hésitent pas à admettre, avec la jurisprudence, une action directe de l'assureur, fondée sur les artt. 1382 et 1383 du code civil, particulièrement pour les assurances non maritimes, où, d'après le droit français, il n'y a pas de subrogation légale.

Le code civil allemand (§ 254) a prévu le cas où une faute de la victime a contribué à produire le dommage; ce § est visé dans le § 846. Je reviendrai sur ce point en traitant de l'abordage.

C. **Détermination du débiteur.**

Il y a encore ici un grand nombre de points que certaines lois règlent et que d'autres ont abandonnés plus ou moins complètement à la conscience du juge.

Un des plus importants est l'imputation, qui se rattache à l'exigence d'une faute, au minimum. Il faut que le sujet soit capable de faute pour qu'il y ait imputabilité et il faut qu'il ait commis une faute pour qu'il y ait imputation.

Cette question peut être soulevée tout particulièrement pour les mineurs et les personnes qui ne sont pas saines d'esprit, qu'elles soient interdites ou non. Le code civil français (art. 1310) déclare le mineur non restituable contre les obli-

---

(1) *Lehrb. des B. R.* § 164. II.

(2) Op. cit., VI. nos. 1312 sqq. (note 3, p. 340, pour la jurisprudence).

gations résultant de son délit ou quasi-délit; LAURENT (1) dit que cela est vrai, par identité de raison, de l'interdit qui se trouve dans un intervalle lucide, et, à plus forte raison, de la femme mariée. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE s'expriment dans le même sens (2). La question d'imputabilité, pour les enfants et les aliénés, devient alors une question que le juge décidera d'après les circonstances. Notre législateur (art. 1483 c. civ.) est un peu plus explicite; les mineurs, les personnes sous curatelle et les femmes mariées sont déclarés obligés en principe; mais on peut soutenir que pour les enfants et les fous le juge décidera en fait s'il y a faute (3). Le législateur allemand (§§ 827—829 du code civil) a voulu préciser. Le § 827 s'occupe des personnes qui ont perdu la conscience de leurs actes ou le libre exercice de leur volonté, en distinguant entre l'état temporaire volontaire et l'état involontaire; le § 828 parle des enfants au-dessous de 7 ans, qui sont non responsables, et des enfants au-dessous de 18 ans, qui peuvent être déclarés irresponsables, et auxquels il assimile le sourd-muet. De plus le § 829 — débris du § 752 du second projet, qui reposait sur la théorie de la causalité (4) — déclare personnellement responsables les personnes visées dans les deux §§ précédents, sous plusieurs conditions; il faut, entre autres, qu'il n'y ait pas un tiers, responsable pour défaut de surveillance et solvable, et puis que les circonstances, y compris la position économique des personnes et les ressources du débiteur, rendent le dédommagement équitable. Le code fédéral suisse, dans

---

(1) Principes. XX n⁰. 445.

(2) Op. cit., XIII n⁰. 2857 sqq.

(3) La question est controversée. Conf. DIEPHUIS N. B. R. XI p. 78 sqq. GOUDSMIT, *Pandecten-systeem* I § 74 p. 183 note 1.

(4) REATZ, *Die zweite Lesung*, ad § 752.

son article 58, parle aussi d'une exception aux principes, à faire si l'équité l'exige.

Je n'ai garde de discuter, et je me propose de revenir sur ce point plus tard.

La question de la responsabilité des personnes morales, en tant qu'il s'agit d'une responsabilité directe et non pas d'une responsabilité à titre de commettant, peut aussi soulever des doutes dans les pays où les lois n'ont pas, comme le code civil allemand (§§ 31, 86, 89), des dispositions expresses. Pour ce qui est de ce dernier §, il faut tenir compte de l'art. 77 de la loi sur la mise en vigueur du code civil.

Un fait illicite peut avoir été commis par plusieurs personnes agissant en commun. On peut soulever alors la question de la solidarité (pour ne pas parler de la corréalité) et celle du recours de celui, qui a payé, contre les autres. Cette dernière question, en réalité, sort de notre matière actuelle, mais enfin je la mentionne, comme les auteurs le font généralement. La loi allemande a un texte positif, qui proclame la solidarité (§ 830), en ajoutant qu'il y a solidarité aussi lorsqu'il y a plusieurs co-auteurs d'un fait et qu'il y a doute sur la question de savoir qui a causé le dommage. Le recours dérive de la disposition générale du § 426 (1). Le code civil italien (art. 1156) déclare responsables „in solido" ceux à qui un délit ou quasi-délit est imputable. Notre loi est muette ; il y a une tendance dans la jurisprudence à admettre que chacun des co-auteurs répond de la totalité du dommage, sans solidarité positive, mais de telle sorte que la victime ne peut pas recevoir une indemnité excessive. En France (abstraction faite de l'art. 55 du code pénal de 1810) la question est controversée dans la doctrine. La

(1) DERNBURG, op. cit., II[2] § 386.

jurisprudence en France et en Belgique est favorable à la solidarité; LAURENT (1) discute longuement la question, de même que BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE (2); je me contente de mentionner le point, sans accumuler les citations.

Au reste, cette matière d'un dommage, causé par le fait de plusieurs personnes, peut donner lieu à des questions que le magistrat sera bien forcé de résoudre en consultant sa conscience juridique. Ainsi, il se peut que le dommage soit le résultat de causes multiples, dont chacune est imputable à un auteur différent. Puis, il y a encore la question des auteurs intellectuels (code civil allemand § 830 in fine), celle des fauteurs ou receleurs (code suisse, art. 60). Je crois que je fais bien de m'abstenir d'entrer dans ces questions.

D. **Détermination de l'étendue du dédommagement.**

Encore une fois, nous allons trouver plutôt des questions théoriques, qui mettront la conscience du juge à l'épreuve, que des oppositions formelles de textes. Le code civil allemand a des textes nombreux, mais le silence d'un autre code ne conduit pas nécessairement à un résultat opposé, et l'usage restreint que je fais du droit comparé, dans le travail actuel, ne me permet pas d'entrer dans les controverses des droits nationaux.

C'est ainsi que je salue en passant un haut et puissant principe, le principe de causalité. Il faut naturellement qu'il y ait un lien de causalité entre le dommage et le fait du débiteur, mais l'application du principe est singulièrement difficile. Le code civil français (artt. 1150, 1151), suivi, entre autres, par le nôtre (artt. 1283, 1284) a essayé de formuler

---

(1) *Principes*, XVII n°s. 318 sqq., XX n°. 537 sqq.
(2) Op. cit., XII, n°. 1298 sqq.

des règles pour les dommages et intérêts dus *en cas d'inexécution d'une obligation conventionnelle,* mais, quant à notre matière, l'applicabilité de ces articles, avec leur distinction entre le dol et la faute, est douteuse, et quand même elle serait certaine, ils ne renferment que la formule du principe et laissent subsister toutes les difficultés de l'application. Le code civil allemand a réglé, dans ses §§ 249 et suiv., l'étendue des dommages et intérêts en général, mais une disposition du second projet (§ 215) (1) qui, au moins en matière d'inexécution d'une obligation, voulait exclure du dédommagement les conséquences sortant du domaine des probabilités, n'a pas été admise dans le code définitif. Le code de procédure civile allemand (§ 287) donne au juge la plus grande liberté d'appréciation.

Abstraction faite du principe de causalité, l'indemnité doit être, naturellement, proportionelle au dommage. Cependant cette règle si simple soulève dans l'application un monde de difficultés et les textes sont clair-semés. Ainsi, l'indemnité ne doit pas dégénérer en peine. C'est le principe du droit allemand, qui cependant connaît, dans le code pénal (§§ 186, 187, 188, 231) et dans quelques lois particulières, l'institution de l'amende réparatoire (Busse). La loi allemande ne distingue pas entre le dol et la faute, en ce qui concerne l'étendue du dédommagement, bien que cette distinction puisse être, d'après Dernburg (2), un des points à prendre en considération par le juge; le code fédéral suisse parle de la gravité de la faute (art. 51) et même, dans un cas spécial (art. 54), du dol et de la faute grave. Le code allemand, qui admet d'une manière générale le dédommagement par

---

(1) Reatz, *Die zw. Lesung*, I. 109.
(2) Op. cit., II[1], § 28.

le rétablissement en nature quand cela est possible (§§ 249, 250, 251) n'accorde que par exception (§ 253, j° 847) une réparation pécuniaire comme dédommagement d'un dommage qui n'a pas atteint la fortune; dans notre droit, le silence du législateur a rendu le point tout au moins douteux (1). Puis il n'est pas facile d'évaluer le gain dont la victime a été privée, même lorsque la loi a tenté de régler cette évaluation (code civil allemand § 252). Enfin, je mentionnerai pour mémoire l'influence d'une faute de la victime (code civil allemand § 254) ou même d'un cas fortuit (ibid. § 848), et les autres points que le code civil allemand a prévus (par ex. dans les §§ 842—847) ou qu'il a abandonnés à la science, tels que la „compensatio lucri cum damno" etc. Il est temps de m'arrêter.

E. **Détermination de la durée de l'action.**

Il suffit de noter quelques différences, pour acquit de conscience.

Le code civil français n'a pas de délai spécial pour l'exercice de l'action dérivant de délits (ou quasi-délits) purement civils. Quant aux faits punissables, la prescription de l'action civile est réglée par le code d'instruction criminelle (art. 2, alin. 3, etc.). Notre législateur (art. 1416 du code civil) a établi un délai de déchéance d'un an pour l'action civile du chef d'atteintes à l'honneur et à la réputation d'une personne; quant aux autres faits qui peuvent donner lieu à des poursuites pénales, le même article dit que l'action civile en dommages et intérêts cesse d'exister lorsque

---

(1) Drucker, *Bescherming van rechten die niet op geld waardeerbaar zijn*, Rechtsg. Mag. VIII, pp. 1, 369, XI, p. 231. Conf. Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., XIII n°. 2871; Laurent, *Principes*, XX n°. 525. Code fédéral suisse, art. 55.

la prescription de l'action pénale est acquise. La loi fédérale suisse a une prescription spéciale d'un an ou de dix ans, (art. 69); le deuxième alinéa de l'art. tient compte de la prescription pénale. Le code civil allemand (§ 852) a établi, d'une manière générale, une prescription de trois ans, à compter du jour où la victime a eu connaissance du fait du dommage et de la personne qui lui doit réparation; en dehors de ce cas, la prescription est de trente ans à partir du fait. Le deuxième alinéa du § 852 soustrait à cette prescription particulière l'action du chef de l'enrichissement, qui a pu résulter du fait illicite, pour la personne qui doit réparation, aux dépens de la victime de ce fait, et le § suivant se rapporte à la prescription de l'exception à opposer à une action, acquise par un fait illicite.

Bien que je ne me propose pas de traiter de l'extinction des obligations dans l'ouvrage actuel, j'ai cru devoir noter les différences qui je viens d'esquisser.

---

§ 120. *Application du droit*

La question, que j'ai réduite à sa plus simple expression en isolant l'acte personnel illicite, imputable et dommageable, a été traitée par les meilleurs auteurs anciens et modernes, sous la forme classique d'une recherche de la loi qui régit les obligations dérivant de l'acte illicite. J'ai le plus profond respect pour l'opinion des maîtres, que je vais rappeler sans faire une bibliographie, et je suis persuadé qu'aucun d'eux n'a posé une règle, qui ne donne jamais un résultat acceptable.

L'opinion défendue par Wächter (1) et par Savigny (2), qui

(1) Archiv. f. d. c. Prax. XXV, p. 389 sqq.
(2) System des H. R. R. VIII § 373 c, § 374 c.

voudraient soumettre à la „lex fori'' les obligations dont nous nous occupons, n'a pas trouvé faveur, même auprès des auteurs, qui n'hésitent pas à ranger les lois sur les actes illicites dans la catégorie des lois de police et de sûreté (1). Si l'on prenait pour élément décisif l'opinion de la majorité des auteurs, il faudrait dire que la loi du lieu, où l'acte illicite a été commis, doit être suivie (2). La nationalité du débiteur, ou même la nationalité commune des intéressés, n'est pas mise en avant avec énergie, et il ne saurait être question d'autonomie (3). ZITELMANN (4), dont les idées personnelles et originales méritent toujours l'admiration, croit pouvoir fonder l'autorité de la „lex delicti commissi'' sur le droit des gens, en ce sens que ce droit permet à chaque Etat de donner des règles de conduite sociale à tous ceux qui se trouvent sur son territoire. L'éminent auteur n'applique cette règle qu'au délit „proprement dit'', et non aux obligations légales attachées à des faits qui ne sont pas des faits personnels illicites. Chose curieuse, et qui prouve combien il a de bon sens, il emprunte la notion du délit „proprement dit'' à ce que j'appelle le droit commun international. Mais, quoi qu'il en soit, la „lex delicti commissi'' n'a pas un domaine incontesté, et la „lex fori'', rejetée comme principe unique, a tout au moins l'autorité d'une exception, si ce n'est d'un principe associé à l'empire. Le droit anglais (5), entre autres, exige que l'acte soit illicite à la fois d'après la „lex delicti commissi'' et la „lex fori''. Le droit

---

(1) BROCHER, op. cit. II n⁰. 182. LAURENT, *Droit civil intern.*, VIII n⁰. 10. WEISS, op. cit., IV. p. 390.

(2) VON BAR, op. cit., II n⁰. 286. ASSER, *Schets*, p. 64 sqq. MEILI, op. cit., II § 128. FIORE, dans le Journal de *Clunet* 1900, pp. 449 sqq., 717 sqq. etc. etc.

(3) WEISS, loc. cit., p. 391. FIORE, loc. cit., p. 731.

(4) Op. cit., II pp. 464 sqq. (p. 465).

(5) WESTLAKE, op. cit., Nos. 196 et 197. FOOTE, op. cit., p. 485.

allemand a établi, dans l'art. 12 de la loi sur la mise en vigueur du code civil, une exception fort large en faveur des Allemands (1), et la loi japonaise (loi Ho-rei, art. 11) a véritablement associé la „lex fori" à l'empire de la „lex delicti commissi" (2).

Je ne me crois donc pas du tout dispensé d'appliquer ici ma méthode d'investigation.

Voyons d'abord si nous pouvons dire quand la relation juridique, qui nous occupe, se présentera sous la face locale-nationale. Il faut pour cela que tous les éléments, décisifs pour son but social, se rattachent au territoire du pays auquel appartient le juge appelé à prononcer une condamnation. Or, les deux seuls éléments décisifs me paraissent être le fait ou l'omission illicite et le dommage causé par ce fait. La nationalité et le domicile des personnes, tant pour ce qui est de l'auteur du fait que pour ce qui est de la victime, sont indifférents en principe. L'exigence de l'ordre raisonnable de la vie en société, qui donne lieu à une obligation, et que le droit positif a consacrée, se manifeste dès que les deux éléments décisifs sont attachés au territoire national. L'Etat a alors le devoir de rétablir l'ordre troublé, et ce devoir lui donne le droit d'intervenir et de régler son intervention. Je ne fais pas intervenir le droit des gens, comme ZITELMANN ; le devoir de l'Etat résulte de la mission sociale qu'il exerce, sur son territoire, comme représentant du pouvoir public de la société universelle. Ceux qui se trouvent sur le territoire ont le devoir de respecter l'ordre social local et ils ont droit à la protection des autorités locales. C'est pour cela que leur nationalité et leur domicile sont indifférents. En ce sens,

(1) ZITELMANN, op. cit., II p. 503 sqq. Conf. MEILI, op. cit., § 128, II², et les commentateurs de la loi allemande.

(2) YAMADA, dans le Journal de *Clunet*, 1901 p. 637.

on pourrait dire que les lois qui concernent les actes illicites sont des lois de police et de sûreté. Cela est absolument vrai pour les relations juridiques qui se présentent sous la face locale-nationale ; il faut seulement éviter de tirer de cette qualification la conclusion que le juge, même sous les autres faces que nous allons rencontrer, doit toujours appliquer la „lex fori".

Lorsque l'acte illicite se présente sous la face locale-nationale, le juge doit appliquer le droit de son pays. Il doit l'appliquer non-seulement pour déterminer le caractère illicite de l'acte et la mesure de l'obligation qui en résulte, mais aussi pour établir l'imputabilité et l'imputation. Le principe, qui commande l'application de la loi locale, ne permet pas de faire dépendre l'existence d'une obligation de la loi personnelle de l'enfant, du mineur, de l'interdit ou de la personne privée de son libre arbitre. Il n'y pas ici une exception au principe qu'on désigne le plus souvent sous le nom de „statut personnel" (1); il y a application d'une règle, imposée par les exigences de l'ordre raisonnable de la vie active, et tout à fait indépendante de la protection des incapables contre leur propre faiblesse.

Presque toujours l'acte illicite se présentera sous cette face, et en fait le juge appliquera alors uniquement la „lex fori". Cette circonstance explique, sans la justifier, l'opinion des auteurs qui ont voulu s'attacher uniquement à cette loi (2).

Mais cependant la face locale-étrangère peut aussi se présenter, sans qu'on ait besoin d'avoir recours à des efforts d'imagination. Une personne, établie dans un pays, peut trans-

(1) Conf. Meili, op. cit., § 128 Anmerkung.
(2) Wächter, loc. cit. pp. 369, 370.

porter son domicile dans un autre pays, après avoir commis dans le premier un acte illicite qui y a causé un dommage; un voyageur ou un habitant de la frontière peuvent rentrer chez eux dans les mêmes conditions. Il n'est pas même nécessaire de supposer que c'est le remords qui pousse le délinquant à passer une frontière, il peut avoir des motifs pratiques. Dans ces cas, le juge aura à s'occuper d'un fait illicite personnel, qui appartient, par les éléments décisifs pour son but social, à la vie active locale d'un pays étranger. La juridiction et la compétence peuvent fort bien être hors de tout doute.

Lorsque notre relation juridique se présente ainsi sous la face locale-étrangère, le juge doit appliquer, en principe, la loi locale-étrangère. Il doit l'appliquer, non pas mécaniquement, en supposant qu'il existe une coutume internationale et encore moins en se fondant sur la majorité ou même la généralité des auteurs, mais il doit l'appliquer raisonnablement, parce que les exigences de la communauté juridique universelle sont en ce sens *et seulement en tant qu'elles le sont.* Il n'y aurait plus de justice internationale si l'auteur d'un dommage pouvait échapper à son devoir de réparation en passant la frontière, et priver ainsi la victime d'une indemnité, qui forme pour elle, sous la face dont nous nous occupons, un droit acquis.

La règle, basée sur les exigences de la communauté juridique universelle, ne va pas plus loin que ces exigences. Une loi étrangère, allant manifestement contre ces exigences ou les dépassant, ne s'imposerait pas. Le premier cas est assez difficile à concevoir. Il faudrait supposer une loi étrangère déclarant illicite un acte que le juge devrait considérer comme commandé par un devoir, s'imposant aux hommes vivant en société. On pourrait imaginer le cas d'une loi déclarant

illicite l'expression d'une opinion religieuse ou imposant le mariage contre le gré d'une personne. Tout cela est bien hypothétique. Plus pratique est le second cas. Une loi étrangère qui étendrait l'obligation de réparation manifestement au delà du dommage causé, en permettant ou en prescrivant une condamnation au double ou au triple du dommage, aurait un caractère pénal trop prononcé pour s'imposer à un juge étranger.

Ces considérations peuvent servir à expliquer, sinon à justifier, des règles comme celles que nous avons rencontrées dans le droit allemand, anglais ou japonais. Ces règles vont trop loin, à mon avis, mais elles ont un fond de vérité.

J'arrive à la face internationale, plus rare, mais qu'on ne peut pas passer sous silence. On peut supposer deux cas pratiques. Le premier est celui d'un acte illicite, qui s'est produit dans un pays, et qui a causé un dommage dans un autre. Le second est celui d'un acte commis dans un lieu qui ne fait pas partie du territoire d'une nation. Le seul exemple pratique me paraît être ici l'acte commis en pleine mer; je ne parlerai ni des îles inhabitées, ni des régions polaires, ni de l'air qui bientôt sera sillonné par les dirigeables et les aéroplanes.

Le premier cas est mentionné par von Bar (1), entre autres, et dans le récent travail de Zitelmann (2) il fait l'objet de longs développements. Dans le droit pénal, national et international, la question se présente aussi, comme on sait. Pour notre matière, elle est intéressante sans doute,

---

(1) Op. cit., II, n⁰. 287.
(2) Op. cit., II, pp. 478 sqq.

mais un peu imaginative, même sur le terrain du dénigrement et de la concurrence déloyale par le moyen d'écrits ou d'annonces. Je m'attache au droit comparé, précisément pour enchaîner mon imagination. En somme, il s'agit de déterminer si parmi les deux éléments, séparés par une frontière, il y en a un d'un caractère prépondérant et qui fait pénétrer la relation juridique dans la vie active locale d'un pays. C'est au fond ce que Zitelmann tente de démontrer pour le lieu du fait par opposition au lieu du dommage, et sans accepter tous ses arguments, particulièrement ceux tirés du droit des gens et de l'autorité du législateur sur l'homme, je pense qu'il a raison pour l'immense majorité des circonstances qu'on peut imaginer.

Cependant je ne refuse pas toute influence à la loi du lieu où le dommage s'est produit, mais cette influence s'exercera au moyen d'une interprétation raisonnable de la loi du lieu où l'acte illicite a été commis. Il faut en effet que le fait (ou l'omission, cela va sans dire) ait produit un dommage, et, pour apprécier si ce dommage existe et quelle est son étendue, l'état social du lieu où l'effet s'est produit doit être consulté, mais lorsqu'il s'agit d'apprécier si l'auteur du fait a violé un devoir social, il faut s'en tenir aux règles qui régissent, au lieu où l'acte a été commis, les rapports des hommes vivant en société. Au reste, les restrictions que j'ai faites quant à l'application d'une loi étrangère, allant à l'encontre des exigences de la communauté juridique universelle ou dépassant ces exigences, s'appliqueront ici par identité de raison ou même à plus forte raison, parce qu'il n'y a pas ici un droit acquis primordial.

Pour moi, le second cas est bien autrement pratique. Un fait illicite peut fort bien se commettre en pleine mer et je

le considère comme commis sur le territoire commun de l'humanité, *dès que ses effets dépassent l'ordre du bord.* Je songe non-seulement aux abordages, mais au cas de piraterie, à une imprudence avec l'artillerie du bord, à des manœuvres ayant pour but de faire faire naufrage à un autre navire. Même quand ils ont eu lieu à bord d'un navire, ces faits ne peuvent pas être considérés comme commis sur le territoire de la nation dont le navire porte le pavillon; ce n'est pas l'ordre social local qui est troublé, c'est l'ordre raisonnable de la communauté universelle.

Ceux qui se demandent anxieusement quelle loi régit ces faits, peuvent être amenés à s'attacher, en désespoir de cause, à la „lex fori" (1). Pour moi, les faits en question sont soumis au droit commun international, qui impose à l'auteur d'un fait illicite, imputable et dommageable, l'obligation de réparer le dommage souffert par autrui. Je me permets d'entendre en ce sens une expression d'un auteur très estimable, A. Rolin (2). Cet auteur invoque, non pas précisement le droit commun international, qui lui paraît, au moins dans la question des abordages (3), „une base d'appréciation assez vague" mais les „principes généraux du droit" et l'art. 4 du code civil. A mon avis, le juge appréciera le caractère illicite de l'acte au moyen du droit commun de la mer, dont les réglements uniformes forment une partie positive, et quant aux questions attachées à une faute de la personne lésée, à la pluralité des auteurs, à l'étendue de la réparation, etc., il les résoudra de la même manière qu'il résoudrait ces mêmes

---

(1) Foote, op. cit., Chap. IX, p. 490. Weiss, op. cit., IV, p. 391 note 1 (pour le cas où l'auteur du fait et la victime n'ont pas la même nationalité).

(2) Op. cit., I, nº. 365, p. 581.

(3) Ibid., III, nº. 1072.

questions, s'il avait à appliquer une loi, qui exprimerait le principe en gardant le silence sur ses conséquences dans des cas spéciaux. Je reviendrai sur ce point en traitant des abordages. Peut-être pourrai-je convaincre le lecteur que ma thèse n'est pas subversive du tout.

2

2ième SECTION

EXAMEN DE QUELQUES ACTES ILLICITES SPÉCIAUX

§ 121. *Observations générales*

Il est certain qu'il y a une grande variété dans les actes illicites dont nous allons nous occuper. Dans un grand nombre de législations, on trouve, après l'exposé d'un ou de plusieurs principes généraux, des règles particulières. Sans aucun doute, dans un travail qui aurait pour but la comparaison du droit, il faudrait les examiner toutes soigneusement. Mais pour moi, qui ne considère le droit comparé que comme un moyen, il n'y a pas lieu de prendre beaucoup d'exemples.

Une autre raison de limiter mon étude est le grand développement que l'on peut donner à ces cas spéciaux. Ainsi, les cas, où l'acte illicite est prévu par une loi pénale, peuvent entraîner celui qui s'en occupe dans le domaine du droit pénal international. Il en est de même des attentats à la vie, à la santé, à la liberté, à l'honneur ou au crédit d'une personne. La matière de la concurrence déloyale, à elle seule, peut fournir la matière de plusieurs volumes; elle remplirait une bibliothèque, si on se laissait aller à parler de la propriété intellectuelle en général, et des brevets, des dessins, du nom commercial, de la marque, des indications d'origine,

etc. en particulier. Puis vient la matière des faits illicites des fonctionnaires, avec leur effet sur la responsabilité indirecte ou directe des corporations de droit public; en s'y engageant trop loin, on risque de s'enliser dans le droit public international.

Cependant il peut être utile d'esquisser d'une main légère les questions soulevées par quelques faits illicites spéciaux.

Je consacrerai un § spécial à la question des abordages maritimes, non pas pour épuiser cette question, mais parce qu'elle a été étudiée, dans les dernières années, avec tant d'énergie et de bonne volonté, qu'elle est devenue presque mûre pour une solution par la voie d'une législation internationale. Je pourrai aisément tirer des conclusions, importantes pour mon sujet, en employant le matériel accumulé par mes devanciers.

---

§ 122. *Esquisse de quelques questions spéciales*

A. **Les faits illicites prévus par une loi pénale.**

La seule circonstance qu'un fait illicite personnel, dommageable et imputable, se trouve être en même temps une infraction à la loi pénale, ne nous oblige pas à nous en occuper spécialement. En principe, l'obligation civile, qui en résulte, ne change pas de nature. La détermination du caractère illicite devient seulement beaucoup plus facile, parce qu'un acte, que la loi du lieu où il a été commis a défendu sous la menace d'une peine, est nécessairement contraire à un devoir social s'imposant à celui qui se trouve dans ce lieu. Il n'est pas nécessaire non plus

d'entrer ici dans des considérations sur le lieu de l'infraction, ou d'insister sur les complications que présentent la complicité, le recel, le caractère indivisible d'une infraction, etc. etc. (1). Le rapport entre l'action publique et l'action civile ne doit pas nous arrêter.

Le seul point qui mérite une attention particulière, dans le travail actuel, c'est l'effet exterritorial que les lois pénales peuvent avoir par exception. Cet effet peut exercer une certaine influence sur l'obligation de réparer le dommage causé.

La loi pénale est territoriale en principe (2). La règle, qui soumet au droit pénal national les infractions commises en mer ou en pays étranger à bord d'un navire national, ou, plus généralement même, les infractions maritimes commises par le capitaine ou par ceux qui se trouvent à bord d'un navire national, n'est pas une véritable exception (Code pénal néerl., artt. 3, 7, 84 et 85; loi belge du 21 juin 1849, pass.; etc.). Mais il y a des exceptions véritables et d'une portée fort large. Il suffit d'en citer *quelques-unes*, par exemple :

1°. les infractions attentatoires à la *sûreté* ou au *crédit de l'Etat*, commises à l'étranger, soit par des nationaux, soit par des étrangers (code pénal néerl., art. 4; code pénal allemand, art. 4; code pénal italien, artt. 5 et 7; etc.);

2°. les infractions commises à l'étranger, *par un citoyen contre un autre citoyen* (loi belge du 17 Avril 1878, art. 7, visant les crimes ou délits);

3°. les infractions commises à l'étranger par un citoyen et

---

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, VII, p. 129 sqq.; résolutions adoptées, ibid. pp. 156—160.

(2) Van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Ned. Strafrecht*, 2ième éd., § 17. L'auteur cite un grand nombre d'autorités.

prévues par la loi sur l'extradition (même loi belge, art. 8, visant encore les crimes ou délits) ou, dans le même esprit, les infractions — crimes, ou tout au moins délits — commises par un citoyen à l'étranger et *réprimées tant par la loi nationale de l'inculpé que par la loi étrangère du lieu du méfait* (code pénal néerl., art. 5, code pénal allemand, art. 4);

4°. certains délits de *fonctionnaires* (code pénal néerl., art. 6, code pénal allemand, art. 4);

5°. certaines infractions spéciales, par exemple la *piraterie* (code pénal néerl., art. 4 j° 381, 382), la *bigamie* (ibid. art. 4 j° 237), le *duel* (loi belge de 1878, art. 8), la *lèse-majesté* (code pénal allemand, art. 4), etc. etc. Dans les trois derniers cas il faut qu'il s'agisse d'un citoyen.

L'enumération suffit pour faire voir que dans un grand nombre de cas la loi pénale nationale atteint un méfait commis à l'étranger, particulièrement par des nationaux, mais aussi quelquefois par des étrangers. La question intéressante, sur laquelle je voudrais appeler l'attention, est celle de savoir si le juge, dans ces cas, appliquera sa propre loi nationale aux effets civils de l'infraction.

Il y a une chose qui paraît évidente, c'est que le juge ne mettra pas en doute le caractère illicite du fait. La loi de son pays donne cette qualité au fait, et le juge ne peut pas écarter cette qualité sans violer cette loi. Mais ce n'est là qu'un des éléments de l'obligation civile. Que dire des autres éléments et surtout de la substance de l'obligation qui naît de la réunion des éléments?

Je ne voudrais pas dire que le juge doit toujours s'en tenir à la „lex fori". Il me paraît plus juste de suivre les principes qui ont été établis pour l'acte illicite en général, en distinguant entre le cas, où l'acte est aussi illicite d'après la loi du pays

étranger où il a été commis, et celui où il ne l'est pas, soit par ce qu'il a été commis dans un lieu qui ne fait pas partie du territoire d'une nation déterminée, soit parce que le caractère illicite de l'acte repose uniquement sur la „lex fori". Dans le premier cas, les éléments de l'obligation et sa substance seront régis par la loi du lieu où l'acte a été commis. Si cet acte a aussi produit un dommage dans ce dernier pays, le droit à l'indemnité sera un droit acquis, et même si le dommage s'est produit ailleurs, le lieu de l'acte est, comme je l'ai dit, l'élément prépondérant. La circonstance, que des poursuites pénales peuvent être exercées dans un pays autre que celui de l'acte, est exceptionnelle, accidentelle même en tant qu'elle dépend de l'arrestation du délinquant, d'une plainte ou même de la réciprocité; elle ne doit pas porter atteinte au droit à l'indemnité, dont le droit international privé impose le respect.

Si l'acte a été commis dans un lieu qui ne fait pas partie du territoire d'une nation déterminée, les éléments autres que le caractère illicite seront régis, selon les vrais principes, par le droit commun international, et, par suite, l'étendue de la réparation sera appréciée librement par le juge d'après la mesure du dommage causé. Je songe ici au cas de piraterie, ou à celui de la traite des noirs (loi belge du 3 Juillet 1893). Dans la pratique, la différence entre cette application et celle de la „lex fori" ne sera pas fort grande; le plus souvent la „lex fori" ne renfermera pas de dispositions spéciales, que l'application du droit commun écarterait. Une réduction du délai général de la prescription pourrait cependant appartenir à cette dernière catégorie, mais il y a là d'autres points épineux.

Enfin, si le caractère illicite de l'acte repose uniquement sur la „lex fori", chose exceptionnelle, il semble bien résulter d'une saine interprétation de cette loi par le juge national,

que c'est elle qui déterminera les éléments secondaires de l'acte et la substance de l'obligation qui en résulte. La première exception, basée sur le texte d'une loi, en entraîne une seconde, fondée sur l'interprétation du même texte. Je songe ici au cas où une loi aurait déclaré punissable un acte, commis à l'étranger, plus particulièrement par un citoyen contre un autre citoyen, alors que la loi étrangère déclarerait l'acte licite (1). La bigamie pourrait fournir un exemple pratique; on pourrait aussi songer au duel (2). Le juge national appliquera alors à ses concitoyens leur loi nationale commune, mais il n'en résulte pas pour moi que cette loi forme la règle universellement applicable.

B. Les attentats à la vie, à la santé, à la liberté, à l'honneur, au crédit, en particulier.

L'immense étendue du terrain me force de renvoyer tous les détails à une monographie, en me contentant de faire mention des questions importantes.

La matière se prête à des developpements sous bien des rapports, et j'ai déjà réuni quelques données en parlant de l'acte illicite en général.

On peut notamment spécifier ici, plus minutieusement que pour l'acte illicite en général, les éléments qui font tomber l'acte sous la censure légale, en tenant compte du code pénal national, qui sous ce rapport complète la loi civile locale. Puis, on peut aussi pousser plus loin que pour le principe général la détermination du débiteur et du créancier. Enfin, on peut encore préciser l'étendue de la réparation due pour un dommage, qui n'est pas évaluable en argent.

J'ajoute que les notions générales du droit pénal sur les

---

(1) Rolin, op. cit., I n⁰. 364, III n⁰. 1609.

(2) Laurent, *Droit civil international* VII n⁰. 14.

co-auteurs et les complices se présentent ici tout au moins comme des données dont on peut tirer parti par analogie, et que de plus les questions de la faute ou de la provocation de la victime, de la compensation du profit avec le dommage, de la légitime défense et de la nécessité, montrent précisément leur importance dans le domaine des attentats dont nous nous occupons.

Les législations, en cette matière, ne sont pas absolument en contradiction, mais les unes ne sont pas explicites alors que les autres le sont.

Le code civil français est le type des premières. Son silence donne aux tribunaux une latitude d'interprétation, dont le plus souvent ils ont fait usage avec beaucoup de sagesse.

Le code civil allemand est le type des secondes, ce qui est d'accord avec son esprit en ce qui concerne le principe général. Je me contente de mentionner les §§ 824, 825, 842 sqq., qui, dans une monographie, mériteraient une analyse minutieuse (1). Je parlerai plus tard des §§ 1297 sqq., particulièrement du § 1300. Notre législateur est également explicite dans les artt. 1400 et suivants du code civil; les dispositions des artt. 1408 et suivants, relatives aux attentats à l'honneur et à la réputation de personnes vivantes ou décédées, ont été revisées par la loi du 26 Avril 1886 (Bull. n°. 93) et mises en rapport avec le code pénal national. Le code fédéral suisse est explicite aussi dans ses artt. 52—56, et le code civil portugais a consacré tout un livre (parte IV, livro I) à la responsabilité civile connexe ou non à une responsabilité pénale.

---

(1) Pour l'histoire de ces dispositions, on trouve un grand nombre de renseignements dans l'Exposé des motifs du premier projet, II, p. 744 sqq.

Il résulte de ce qui précède que l'application des principes exposés pour les actes illicites personnels en général, et pour les faits prévus par les lois pénales en particulier, doit se faire ici avec un soin tout spécial, mais je ne crois pas devoir m'acquitter ici de ce soin. Je me contente d'appeler l'attention sur la matière. Je ne voudrais pas même faire exception pour le concubinage, dont LAURENT s'est occupé, en mettant les principes qu'il pose en rapport avec la règle du droit local qui interdit la recherche de la paternité (1). Quant à la rupture d'une promesse de mariage, je compte en parler plus tard ; je ne la considère ni comme l'inexécution d'une convention, ni comme un acte, illicite en lui-même.

C. **La concurrence déloyale.**

Je ne veux faire que quelques observations, représentant à peine la préface d'un volume, que je ne me propose pas d'écrire pour le moment.

L'expression „concurrence déloyale" aurait d'abord besoin d'une explication. Les auteurs, qui s'occupent de la matière, ont l'habitude de dire qu'elle est un véritable Protée, mais cette expression me fait un peu l'effet de la phrase du journaliste qui, envoyé dans une capitale pour y décrire l'enthousiasme du peuple, déclare cet enthousiasme „indescriptible". Si la concurrence déloyale prend mille formes, l'auteur qui l'examine doit y regarder mille fois. Mais je n'ai pas besoin de faire ici un effort de si longue haleine, il me suffit de préciser le champ sur lequel porteront mes observations.

---

(1) *Droit civil international*, VIII, nos. 15 sqq.

Ainsi, je commence par mettre de côté les dispositions légales qui excluent, limitent ou règlent la concurrence au moyen *d'ordonnances professionnelles.* Telles sont les lois qui établissent un monopole, celles qui interdisent la fabrication ou le commerce d'une substance, par exemple les lois qui, en Allemagne (9 Juillet 1902) et en Belgique (21 Août 1903) notamment, ont fait une espèce de procès en sorcellerie à la saccharine, ou encore les lois qui soumettent l'exercice d'une profession à des conditions, à un examen, à une autorisation, etc. Dans tous ces cas, le fait de la concurrence est lui-même illicite, indépendamment de la manière dont une personne se conduit pour triompher de ses concurrents.

En second lieu, je me permets de reléguer la *propriété intellectuelle,* sans violence mais bien décidément, dans la catégorie juridique à laquelle elle appartient. J'ai en vue la propriété littéraire, artistique et industrielle, particulièrement le brevet d'invention, le modèle, le dessin, la marque et même le nom professionnel. On peut hésiter en ce qui concerne ce dernier objet de propriété intellectuelle, comme on peut hésiter pour l'enseigne qui n'est que le symbole du nom, mais ici c'est un détail, qui peut modifier la portée du principe, mais non le principe. Il s'agit dans ces cas, dans tous ces cas à mon avis, de droits absolus, que tous les citoyens doivent respecter en vertu du caractère absolu de ces droits, et que le titulaire peut maintenir par une espèce d'action négatoire, indépendante de la question de savoir si celui qui porte atteinte au droit est coupable même d'imprudence. La comparaison des lois, sous le rapport de la propriété intellectuelle, et l'ensemble des questions internationales, auxquelles cette propriété peut donner lieu, sont d'intéressants sujets d'étude, mais il s'agit là plutôt du droit des biens immatériels que du droit des obligations.

Tout ce qui se rapporte à cette matière a été recueilli avec soin (1) et l'on peut constater un commencement d'organisation de la communauté juridique internationale. J'ose dire que ce n'est qu'un commencement d'organisation, en songeant à cette bizarre question de savoir si la propriété intellectuelle est un droit „civil" ou un droit „naturel", et en constatant le désir qui se montre si souvent dans les lois, et même dans les décisions judiciaires, de „protéger" le travail national, et de subordonner tout à moins le droit de l'étranger à la réciprocité (2).

Enfin, je relègue aussi, dans le domaine qui leur est propre, les infractions prévues en général par les lois pénales, infractions qui ne servent à la concurrence impure que d'une manière indirecte, en tant qu'elles peuvent nuire à un rival. Je songe ici, non pas précisément au meurtre, à l'incendie, au faux, mais plutôt aux diverses formes de la tromperie, exercée envers le public ou envers le fisc, à l'altération de la qualité des marchandises, à la contrebande, aux usurpations de titres et de récompenses, et dans un autre ordre d'idées encore, à la diffamation. Les fausses indications de provenance forment un terrain où l'on discute, non pas tant sur le principe, que sur la question de savoir si le nom d'un lieu

---

(1) L. Poinsard, *Etudes de droit international conventionnel*, 4ième partie. Des recueils excellents de lois et de traités et des tableaux comparatifs ont été publiés par les Bureaux internationaux réunis de la propriété industrielle, littéraire et artistique, à Berne. Je suppose que ces recueils sont connus du lecteur.

(2) Laurent, *Droit civil intern.* III, n⁰. 349 sqq. Bozerian, dans le Journal de *Clunet*, 1890, p. 192. Rapports de Taillefer et de Wassermann au Congrès tenu en 1904 à Berlin par *l'Ass. intern. pour la protection de la propriété industrielle.* Au rapport de Taillefer est annexé le texte de l'arrêt de la Cour de Cassation de France (Ch. crim.) du 5 Février 1904, dans l'affaire *Grauer-Frey* c. *Dalhoff*. Le Cour de l'Empire d'Allemagne cite cet arrêt dans sa décision du 3 Mars 1905; Entsch. (civ.) LX p. 217.

est une indication de provenance ou une désignation usuelle d'un produit.

Ce qui reste au fond du creuset, après toutes ces opérations d'élaguation, c'est l'acte illicite personnel, dommageable et imputable, caractérisé par son but, la concurrence. C'est la notion épurée — en tant que notion, car la chose reste impure — de la concurrence déloyale, et c'est à cette notion que se rapportent les observations que je veux faire sur l'application du droit. Si les principes que j'ai adoptés — et je veux bien ajouter les principes que j'ai combattus — sont justes, ils doivent s'appliquer logiquement à cette notion épurée de la concurrence déloyale, qui, Protée ou non, n'est juridiquement qu'un acte illicite, commis dans un but de concurrence.

Je constate d'abord que les lois diffèrent ici sur la détermination du caractère illicite, comme elles diffèrent sur celle de l'acte illicite en général. En France, comme dans notre pays, la matière de la concurrence déloyale, en sens restreint, se rattache à l'interprétation des articles 1382 et 1383 (chez nous 1401 et 1402) du code civil, interprétation large en France, étroite chez nous. En Allemagne, la matière a été réglée par une loi spéciale du 27 Mai 1896, antérieure à la mise en vigueur du code civil et restée en vigueur sous l'empire de ce code, et qui a donné lieu à un grand nombre de décisions judiciaires (1).

Ensuite, je crois devoir dire que la concurrence déloyale se présentera presque toujours sous la face locale-nationale ou la face locale-étrangère, ce qui met l'application du droit sous l'égide

(1) F. Birkenbihl. *Der unlautere Wettbewerb erläutert durch die Rechtsprechung*, Hannover, 1902. Il y a, naturellement, une littérature spéciale très développée.

du principe des droits acquis. Si elle se présente sous la face internationale, le droit de la personne lésée dépendra en principe de la loi du lieu de l'acte, sauf interprétation, par le juge, des textes de sa loi nationale, qui peuvent conduire à l'application de la „lex fori".

Enfin, je crois qu'on ne peut pas soutenir que la *protection contre cet acte illicite caractérisé par son but* forme un droit „civil" dont les étrangers ne jouissent que s'il leur est concédé. L'étranger, établi dans un pays ou y séjournant, a droit à la protection de sa personne et de ses biens, et quand même il n'y aurait pas d'établissement ou ne s'y trouverait pas de sa personne, il ne devient pas un ennemi économique qu'il est permis de combattre par des moyens déloyaux. Cette idée finira par triompher. La Convention d'Union pour la protection de la propriété industrielle, conclue à Paris le 20 Mars 1883 et complétée par les actes additionnels de Bruxelles (1900), statue, dans son article 10bis, que les *ressortissants de la Convention* jouiront, dans tous les Etats de l'Union, de la protection accordée aux nationaux contre la concurrence déloyale. En Allemagne, la loi de 1896, promulguée avant l'accession de ce pays à l'Union (1903), contient un texte, dont les termes ne donnent pas sans condition la protection de la loi à celui qui n'a pas „un établissement principal" (1) en Allemagne, disposition qui s'étend aux Allemands comme aux étrangers, mais la Cour de l'Empire (2), interprétant l'art. 10bis de la Convention d'Union, citée plus haut, a donné à cet article la portée la plus large.

(1) Traduction du Bureau de Berne; le texte porte «eine Hauptniederlassung».

(2) Arrêt déjà cité du 3 Mars 1905. *Eagle Oil Compy of N. Y. c. Vacuum Oil Company* (Entsch. civ. LX, p. 217). La Cour fait mention des travaux publiés sur la question.

D. Actes illicites de fonctionnaires et leur répercussion sur les corporations de droit public, dont ils sont les agents ou les organes.

a. *responsabilité personnelle des fonctionnaires.*

Il y a encore ici la matière d'un volume, mais pour nous quelques observations suffiront.

Les législations, en tant qu'elles s'occupent de la matière, présentent un caractère individuel nettement reconnaissable, et les lois, qui gardent le silence, donnent lieu à des controverses, dans lesquelles l'interprète du droit international ne peut pas pénétrer.

En France, le célèbre article 75 de la Constitution de l'an VIII, que Toullier (1) attaque avec tant d'énergie, a longtemps dominé la matière. Le décret du 19 Septembre 1870 a supprimé l'autorisation préalable, que l'article en question exigeait, mais il a laissé subsister des doutes (2). En Belgique, la Constitution (art. 24) a déclaré qu'aucune autorisation préalable n'était nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics, pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres. Dans notre pays, la loi ne contient pas une règle générale; des dispositions assez nombreuses déclarent responsables civilement, entre autres, les officiers de l'état civil (code civil, art. 27), les conservateurs des hypothèques (code civil, art. 1266) et même les juges, dans le cas de déni de justice. Sous ce dernier rapport, le code de procédure néerlandais (art. 844) est bien moins explicite que le code de procédure français, qui a plusieurs cas de prise à partie (art. 505). Quant à l'application

---

(1) *Le droit civil français*, XI, p. 156 (n°. 182).

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 583 sqq.

des principes généraux aux fonctionnaires, il y a un grand nombre de controverses. Le code civil allemand a consacré à la matière le § 839, qui mériterait un long examen (1) et qu'on peut mettre en rapport avec l'art. 80 de la loi sur la mise en vigueur du code civil. Je me contente de l'indiquer comme exemple. Le code fédéral suisse (art. 64) a conservé une assez large part d'autorité aux lois fédérales et cantonales spéciales. En Espagne, une loi spéciale, du 5 Avril 1904, a réglé la responsabilité des fonctionnaires (2). ADDISON mentionne les cas où la jurisprudence anglaise a admis la responsabilité de ceux qui remplissent un office public (3).

La responsabilité des fonctionnaires soulève encore une foule de questions spéciales que je ne mentionne que pour mémoire.

Les relations juridiques, qui naissent de l'acte illicite d'un fonctionnaire, se présenteront presque toujours sous une des deux faces locales, plus particulièrement sous la face locale-nationale. Le droit applicable, d'après le principe général que nous avons posé, ne peut guère faire de doute, et son application devra presque toujours être faite par le juge du pays auquel appartient le fonctionnaire. Il est peu pratique de se servir, à l'égard d'un fonctionnaire étranger, des dispositions, plus ou moins abusives, qui permettent de soustraire un étranger, en matière d'actes illicites, à son juge naturel; on se heurte à des questions d'incompétence, basées sur le droit public international, et l'on n'a aucune chance de pouvoir exécuter le jugement dans un pays étranger. Je ne considère

---

(1) DERNBURG, op. cit. II² § 392.

(2) Traduction de M. Paul SUMIEN, dans l'*Annuaire de lég. étr.*, publié par la Soc. de lég. comp. 1905, p. 156.

(3) Op. cit. p. 413.

pas ces dernières questions comme rentrant dans le cadre du travail actuel.

b. *responsabilité indirecte ou directe des corporations de droit public.*

Je suis obligé de parler ici en même temps de la responsabilité indirecte et de la responsabilité directe, parce qu'il y a controverse, dans beaucoup de législations, sur le caractère de la responsabilité de l'Etat, des communes, etc. Indépendamment de la question de savoir s'il y a ici une responsabilité civile, on peut soutenir que ces corporations répondent comme commettants, responsables du fait d'autrui; on peut prétendre aussi qu'elles agissent personnellement par leurs organes. Cette controverse se présente pour toutes les personnes juridiques, et j'en ai déjà fait mention; elle est surtout compliquée lorsque l'on exige en principe une faute, et que l'on se demande s'il peut y en avoir une de la part de la personne juridique. Pour moi, cette controverse ne doit être résolue qu'après que le droit applicable a été reconnu; aussi je me permets de passer outre.

De même que la question de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, celle de la responsabilité des corporations de droit public est une question qui se présente presque toujours sous la face locale-nationale. Le droit applicable est alors certain, et c'est devant la juridiction nationale compétente que le particulier demandeur doit agir. C'est cette juridiction qui aura à examiner l'influence que le droit public national et l'organisation nationale du contentieux administratif peuvent avoir sur l'action. Une autorité judiciaire civile ou administrative ne se déclarera pas aisément compétente pour juger de la légalité d'un acte émanant du

représentant d'un pouvoir étranger et le particulier, qui aurait obtenu jugement, aurait bien de la peine à l'exécuter.

Je me serais peut-être même abstenu de constituer une rubrique spéciale pour la responsabilité des corporations de droit public en droit international, si je n'avais pas cru devoir faire quelques observations sur la question de la responsabilité de l'Etat, à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute, de troubles et de guerre civile. Je considère cette question au point de vue international, sans entrer dans une étude des lois particulières, telles que la loi française du 10 Vendémiaire an IV ainsi que les dispositions correspondantes de la législation prussienne ou des lois des Etats de la monarchie austro-hongroise. Des événements, qu'il est inutile de rappeler, ont donné un caractère pratique à la question internationale. Elle a été traitée avec une grande autorité par des maîtres de la science (1). L'Institut de droit international, fidèle à sa mission, s'est fait ici l'organe de la conscience juridique universelle (2). MEILI, bien qu'il semble rejeter le fondement *civil* de la responsabilité pour s'appuyer sur le *droit des gens*, a consacré à la question un intéressant § dans son manuel de droit civil international (3) ; je vois dans cette manière d'agir une preuve de bon sens. Pour moi la question atteste la haute unité du droit international public et du droit international privé, qui sont tous deux des émanations de la communauté juridique du genre humain. La solution donnée par l'Institut prouve aussi que le *droit commun international*, base de l'obligation en question, n'est pas un mythe.

---

(1) VON BAR, dans la Revue ASSER-ROLIN, IIe serie I (1899), p. 464 sqq. Conf. la Chronique dans le Journal de *Clunet*, 1891, p. 1147.

(2) *Annuaire* XVIII (1900), p. 47, p. 233 sqq.

(3) Op. cit., § 130.

Je ne vais pas plus loin cependant, non pas parce que la haute philosophie me fait peur, mais parce que pratiquement l'action, du chef du dommage, ne peut être intentée, par un particulier, que devant les tribunaux de l'Etat responsable. Le recours aux tribunaux internationaux, que l'Institut recommande, n'est pas ouvert aux particuliers.

---

§ 123. *L'abordage maritime*

A. **Observations générales.**

Il s'agit ici de questions très intéressantes, essentiellement pratiques. Elle se prêtent fort bien à une étude, qui prétend mettre les règles traditionnelles sur la pierre de touche. Seulement elle a fait l'objet de tant d'études comparatives et les tentatives de résoudre les questions de droit international, par une codification commune, ont été poussées tellement loin, que la question, comme je l'ai dit, peut être considérée comme mûre pour une solution. Dans ces circonstances, je me propose seulement de puiser, dans le matériel réuni par mes devanciers, quelques données qui me permettront de contrôler, pour ainsi dire, l'application des principes généraux dans cette matière spéciale.

Je commence par quelques observations, dans le but de limiter mon champ d'action.

Ainsi, je laisse de côté la question de juridiction et de compétence. C'est par application des lois de son pays que le juge décidera s'il a qualité pour condamner. Dans le même esprit, je ne parlerai pas spécialement des cas où un navire de guerre est abordeur.

Le second point à réserver, c'est le droit de formuler des règlements qui ont pour but de prévenir les abordages. Lorsqu'il s'agit des eaux intérieures, et même des eaux territoriales, dont la délimitation exacte, au reste, ne forme pas l'objet d'un accord universel, on peut dire que chaque Etat peut ordonner les mesures de sûreté nécessaires. Pour la pleine mer, sillonnée par des navires de toutes les nations maritimes, des mesures de police, différentes selon les pavillons, iraient à l'encontre du but, et seraient *manifestement contraires à l'ordre raisonnable de la vie active.* Autrefois, on n'hésitait pas à admettre un certain *droit commun non écrit de la mer.* Aujourd'hui, depuis que la navigation par le moyen de moteurs mécaniques a rendu nécessaires des systèmes compliqués de feux et des règles de route distinguant entre les navires à voiles et les navires à moteur, il a bien fallu formuler des dispositions identiques, qui en apparence sont des règlements nationaux, mais qui de fait forment ensemble un règlement d'administration publique émanant de la collectivité des Etats (1). Les règlements renferment même l'embryon d'une langue universelle, qui se parle au moyen de signaux phoniques longs et brefs.

Enfin, non sans peine, je me résigne à laisser de côté ici la limitation de la responsabilité des armateurs en matière d'abordage. Pratiquement, sans appartenir directement à la matière de la naissance ou de la substance d'une obligation produite par l'acte illicite, la question de la limitation domine cette question, comme on a pu le constater dans les congrès, qui ont essayé de formuler un règlement international pour

---

(1) Cette idée se trouve au fond — tout à fait au fond — de la section 424 de la Merchant Shipping Act, 1894.

les abordages. Mais il me suffit d'appeler l'attention sur ce point, dont j'ai parlé dans le premier volume de cet ouvrage, en traitant de l'armement.

Ce qui reste au fond du creuset, ce sont les règles de fond sur les effets civils des abordages. Les sanctions pénales et disciplinaires n'ont pas besoin d'être élaguées; il est clair qu'elles n'appartiennent pas à notre matière.

Je vais examiner ces questions d'après ma méthode d'investigation, en me plaçant tout d'abord au point de vue d'un juge dont la loi est muette sur l'application du droit international. Je le constate pour faire voir que les vœux de congrès et les projets de règlement, formulés par des réunions internationales, n'ont qu'une autorité morale pour le juge. Leur importance ne commence que lorsqu'on a reconnu que l'application des principes non écrits ne donne pas un résultat satisfaisant pour la société universelle, et qu'il faut faire intervenir la méthode générale ou universelle.

Au reste, il est aisé de trouver ici, dans les lois, des différences, formant des points saillants de comparaison. Le travail de comparaison a été fait et bien fait.

B. **Quelques points saillants de comparaison.**

a. *abordage douteux.*

Les législations se divisent en deux camps. Les unes n'en parlent pas et, par suite, elles ne font naître du doute aucune obligation; le juge, qui n'a pas eu la preuve des faits allégués, ne condamnera pas. Comme exemples, je citerai la loi belge, du 21 Août 1879, et le code de commerce allemand. D'autres législations ont prévu le cas de l'abordage douteux. Tel est, par exemple, le code de commerce français (art. 407),

qui veut que le dommage soit réparé à frais communs et par égales portions par les navires qui l'ont fait et souffert. D'après Lyon-Caen et Renault (1), les dommages subis par les marchandises ne sont pas compris dans les dommages à répartir. Notre législateur a aussi prévu le cas dans l'art. 538 du code de commerce. Il réunit en une masse le dommage souffert par les navires et par les cargaisons, et le fait supporter proportionnellement à leur valeur par les navires et les cargaisons. Ce sont des dispositions antiques qui s'expliquent par le désir de rendre communes les suites de l'abordage, lorsqu'il n'y a pas de cas fortuit démontré ou de faute bien nette (2). Pour ceux qui partent du principe de la faute, cette explication est peu satisfaisante, mais elle n'est pas absolument en désaccord avec les idées modernes, qui abandonnent l'exigence de la faute lorsqu'il y a un dommage causé par une chose. On invoque quelquefois dans cet esprit l'art. 540 du code de commerce néerlandais, qui parle d'un abordage entre un navire, faisant voile ou flottant librement, et un navire à l'ancre, et qui fait supporter au navire flottant la moitié du dommage subi par le navire à l'ancre, lorsque le premier navire n'a aucune faute à se reprocher. Mais je constate la divergence, sans insister davantage.

b. *faute commune.*

Ce cas est, sinon plus fréquent que l'abordage douteux, du moins beaucoup plus pratique, parce que le doute n'est pas un fait pouvant servir de base à une demande judiciaire. Il n'apparaît qu'après coup, subsidiairement. La faute com-

---

(1) Op. cit., VI, no. 1006.
(2) H. Grotius, *De jure belli et pacis*, II, XVII, 21.

mune, au contraire, éclate souvent au grand jour par la défense.

L'opposition entre les lois, en matière de faute commune, est bien connue. Notre code de commerce (art. 535) veut que chacun supporte son propre dommage; le droit anglais (1) impose à chaque navire la moitié du dommage souffert par l'autre; la loi belge (art. 229) fait masse des dommages et veut que ces dommages soient supportés par les deux navires dans la proportion de la gravité des fautes, respectivement constatées comme cause de l'événement; le code de comm. allemand (§ 735) dit que l'obligation de réparer le dommage et le montant du dédommagement dépendent *des circonstances*, particulièrement de la question de savoir jusqu'à quel point l'abordage a été causé principalement par le fait des membres de l'un ou de l'autre équipage. La différence entre le droit belge et le droit allemand n'est pas très grande; le premier pèse plutôt les fautes, le second leur résultat. Il n'y a pas avantage à citer d'autres lois. En France, la loi est muette, mais la jurisprudence tient compte du degré des fautes (2).

c. *esquisse des autres divergences.*

Elles sont assez nombreuses, mais j'abrège.

Plusieurs législations ont des dispositions relatives à une présomption de faute. Le „Merchant Shipping act" anglais de 1894 statue, dans sa section 419, que le fait de l'inobser-

---

(1) MACLACHLAN, op. cit., Chap. VI. *The «Stoomvaart-Maatschappij Nederland»* v. *The Peninsular & Oriental S. N. Co.* 7 App. Cass. 795. LOWNDES, *The admirality law of collisions at sea.* Introduction. L'application du principe donne lieu à des difficultés de détail.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., VI, n°. 1011.

vation des règlements constitue une présomption de faute en même temps qu'une présomption de rapport causal. Dans la section 422, il est statué que le fait de ne pas porter, au navire abordé, le secours qu'il est possible de lui donner, constitue également une présomption de faute. Cette dernière disposition se retrouve dans la loi danoise et dans la loi norvégienne (art. 223) mais non dans la loi suédoise (art. 223, j° 294), qui n'a donné qu'une sanction pénale à l'obligation du secours. Notre loi (code pénal, art. 414) et la loi française du 10 Mars 1891 n'ont aussi qu'une pénalité comme sanction de l'obligation de porter secours; notre code de commerce a une présomption causale dans son art. 539.

Le droit anglais (sect. 633 de la loi de 1894) n'impose aucune responsabilité au capitaine et au propriétaire, lorsque le dommage est causé par la faute ou l'incapacité d'un pilote, qualifié et obligatoire (1). Le code de commerce allemand (§ 738) a une disposition dans le même esprit. La loi belge (art. 228) dit seulement que la présence de pilotes ne fait pas obstacle à la responsabilité établie par le paragraphe 2 de l'article 228 (2). En France et dans notre pays, la loi est muette; la jurisprudence est plutôt défavorable au capitaine.

En matière de fins de non-recevoir et de prescriptions, les lois présentent toutes sortes de divergences. En France, les articles 435 et 436 du code de commerce, reproduits avec une légère différence par la loi belge (artt. 232 et 233), ont été modifiés profondément par la loi du 24 Mars 1891 (3).

---

(1) Westlake, op. cit., § 204.

(2) Louis Franck, *L'abordage en droit international*, dans le Journal de *Clunet*, 1895, p. 955.

(3) Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, n°. 1026 sqq.

Chez nous, il y a un délai de prescription de 3 ans (art. 742 c. d. comm.); en Allemagne, le délai est de deux ans (§ 901 c. d. comm.). En Italie le code de commerce a, pour l'action basée sur le dommage causé aux navires, à la fois une déchéance rapide (art. 665) et une prescription par le delai d'un an, à partir de la protestation ou de la réclamation (art. 923); ces dispositions ne sont applicables, en cas de dommage causé aux personnes ou aux marchandises, que dans les limites de l'art. 665, 2e alinéa.

Il y a encore un très grand nombre de questions, qui se rattachent aux abordages, et qui, même lorsque les lois n'ont pas de textes formels, peuvent être résolues d'une manière différente dans les divers pays, par suite des divergences des systèmes généraux. Telle est la question de la responsabilité des capitaines et des armateurs envers les chargeurs, lorsqu'il y a faute commune à bord des navires (code de comm. néerl. art. 535), ou doute sur la question de savoir quel est celui des navires qui a causé l'abordage (code de comm. portugais, art. 669); au reste cette question disparaît presque par suite des clauses d'exonération que l'on trouve dans les documents. Je mentionnerai aussi la question du remorquage et celle de l'étendue du dédommagement, particulièrement en ce qui concerne la vie des marins et des passagers (1). L'abordage, causé par la nécessité, est intéressant aussi, mais plutôt pour le savant dans son cabinet que pour le commandant sur sa passerelle. Il en est un peu de même de l'abordage entre trois navires. La série n'est pas close, mais, comme on sait, mon but n'est pas d'épuiser les éléments comparatifs.

---

(1) Conf. Cour de session d'Edimbourg, 12 Nov. 1897, dans le Journal de *Clunet*, 1900, p. 166. Haute Cour de Justice, division du banc de la Reine, 12 Juillet 1898, ibid.

C. Application du droit.

Les questions sont intéressantes, mais elles ont été discutées trop souvent (1) pour que je fasse autre chose que d'indiquer mes conclusions, alors surtout que des tentatives diplomatiques ont été faites dans le but d'arriver à l'uniformité. Comme toujours, je respecte l'opinion d'autrui et je suis convaincu qu'aucun des systèmes des auteurs n'est tout à fait mauvais, mais je vais montrer que ma méthode d'investigation conduit tout au moins à une manière claire et nette de poser les questions.

L'abordage se présentera sous la face-nationale lorsqu'il aura eu lieu dans les eaux intérieures ou territoriales du pays où le juge siége. Ce juge appliquera alors sa propre loi, la „lex fori" si l'on veut (2). Sous cette face, elle régit absolument l'existence et la substance de l'obligation. Il peut être utile de constater que les auteurs, qui font de l'application de la „lex loci delicti commissi" un principe général, admettent aussi la conclusion que je formule sous cette face.

En second lieu, l'abordage se présentera sous la face locale-étrangère lorsqu'il aura eu lieu dans les eaux intérieures ou territoriales d'un pays étranger. Le juge appliquera alors la loi de ce pays. C'est la part de vérité que je concède au principe de la „lex loci delicti commissi". Il y a un grand nombre d'autorités dans mon sens (3). Naturellement, il faudra

---

(1) Conf. WEISS, *Traité théorique et pratique*, IV, p. 391 note 2. L'auteur a réuni, avec le soin qui caractérise ses travaux, la littérature, la jurisprudence et les votes des congrès.

(2) *Reichsgericht* 11, XII, 1901; Zeitschrift *Böhm-Niemeyer* XII, p. 121. *Traité de Montevideo* (art. 11), Code de commerce portugais, art. 674.

(3) Tribunal de commerce d'Anvers, 7 Juin 1892, 8 Mars 1895 et 30 Octobre 1897. Journal de *Clunet*, 1894, p. 913; 1895, p. 653; 1898, p. 85. Tribunal civil de Naples 5 Juin 1899, ibid. 1901, p. 846. Projet de règlement de l'Institut de droit international, Lausanne 1888, Annuaire X, p. 152.

que e juge décide quelle est l'extension des eaux territoriales étrangères; c'est une controverse qu'il aura à décider selon sa conscience juridique, si la loi de son pays ne lui a pas donné d'instruction. Il n'y a pas encore, sous ce rapport, de droit commun international.

L'abordage, enfin, se présentera sous la face internationale lorsqu'il aura eu lieu en pleine mer. C'est ici surtout que les systèmes s'écartent les uns des autres.

Pour moi, le premier point à examiner, c'est la question de savoir si la relation juridique ne pénètre pas, dans certains cas, par un élément prépondérant, dans la vie active locale d'un pays. Or, il me semble que ce cas se présente lorsque les navires portent le même pavillon. Le fait que le pont des deux navires peut être considéré comme une partie du territoire de leur mère-patrie commune, n'est pas décisif; il ne s'agit pas ici de l'ordre du bord. Ce que l'on peut dire, c'est que les lois sur les abordages sont précisément faites pour régir, en mer, la marine marchande nationale, et que lorsque les deux navires appartiennent à la même marine marchande, cette circonstance devient prépondérante et fait pénétrer le rapport entre les navires dans la vie active locale d'un pays. Ici encore j'ai l'avantage de pouvoir invoquer des autorités, entre autres l'Institut de droit international. Je ne vais pas cependant jusqu'à assimiler à ce cas celui où les navires appartiennent à deux nations différentes, mais qui ont des lois identiques (1). Mon argument ne porte pas aussi loin.

En suivant les balises de ma méthode d'investigation, j'arrive au cas d'abordage, en pleine mer, entre navires battant des pavillons différents.

---

(1) *Reichsgericht* 18, XI, 1901; Zeitschrift *Böhm-Niemeyer*, XII, 120.

On sait combien il y a d'opinions, de projets, et même de textes divergents. La „lex fori" a des adhérents (1). La loi du pavillon du navire abordeur, débiteur de l'obligation, n'en a pas moins, mais le renvoi à cette loi a lieu avec toutes sortes de réserves, lorsque celle du navire abordé, créancier de l'obligation, est plus favorable (2). Le droit commun international a même eu quelques voix (3).

C'est en faveur de ce dernier que je me prononce. Cela n'étonnera pas le lecteur qui a bien voulu me suivre. Mais j'ajoute que la plupart des systèmes divergents, sinon tous ces systèmes au fond, sont des hommages indirects rendus au droit commun international. Que vient faire ici la „lex fori", qui n'a aucun rapport direct avec l'origine de l'obligation? L'appliquer, n'est-ce pas en faire le suppléant du droit commun international (4)? Quel est au fond le sens du système, qui applique les lois identiques des navires de nationalité différente (5)? N'est-ce pas la conviction que la règle, que deux nations ont adoptée, représente le droit commun de la mer? Enfin, plus au fond encore, lorsque l'on voit des législateurs ainsi que des réunions de savants et d'hommes pratiques, organes de la conscience juridique du monde civilisé, mettre en avant la loi la plus favorable au débiteur, ou la règle, qui donne le minimum de responsabilité résultant de la combinaison de deux lois, ne doit-on pas reconnaître que tous ces systèmes,

---

(1) Entre autres: Wagner, *Handbuch des Seerechts*, I § 17 p. 142. Foote, op. cit., Chap. IX, p. 494. Conf. Weiss, note citée.

(2) Von Bar, op. cit., II, nº. 328. Lyon-Caen et Renault op. cit., VI, nº. 1050, etc. etc.

(3) J. E. Labbé, note dans *Sirey* 1875, 1, 97 sqq. Franck, dans le Journal de *Clunet* 1895, p. 971 nº. 30.

(4) Westlake, op. cit., § 202*a*.

(5) *Supreme Court of the United States*, dans le cas du *Belgenland* 1885, 114. W. S. 355, cité par Westlake, op. cit., nº. 202.

qui en apparence ont pour but de trancher un conflit entre deux lois par la méthode classique du choix, appliquent en réalité une troisième loi, élaborée au moyen des éléments communs des deux autres ?

Je ne dirai pas que ce droit commun international, tel qu'il existe comme droit non codifié, donne une solution tout à fait satisfaisante.

En somme, il ne va pas beaucoup plus loin que le principe général, qui porte que celui qui est l'auteur d'un acte illicite, dommageable et imputable, est tenu de réparer le dommage. Il l'étend seulement en ce sens que le juge appréciera, d'après les règlements internationaux uniformes et d'après le droit commun de la mer, le caractère illicite de l'acte. C'est ce que le tribunal de Rotterdam a fait, il y a quelques années, dans la célèbre et poignante affaire de l'abordage entre le vapeur allemand *Elbe* et le vapeur anglais *Crathie*, qui avait eu lieu en pleine mer (1). Le tribunal a apprécié la faute de l'abordeur et l'exactitude légale de la route suivie par l'abordé au moyen du règlement néerlandais, qu'il a considéré, avec pleine raison d'ailleurs, comme l'expression du droit commun de la mer. Quant à toutes les autres questions, y compris celles de la faute commune, de l'abordage douteux et des délais de protestation (2), le juge devra les résoudre en consultant sa conscience juridique, de la même manière qu'il agirait dans le silence de la loi. Je ne dis pas que cela soit satisfaisant, au point de vue de l'ordre raisonnable de la communauté internationale de la mer. Mais c'est pour cela précisément que l'on songe à codifier d'une manière uniforme

---

(1) Jugement du 6 Nov. 1895, Mag. de droit comm. (Nouv. collection), 1895, p. 264.

(2) Conf. Rolin, op. cit.; III, no. 1073.

le droit des abordages. Au moment où j'écris, cette codification, par l'initiative du Gouvernement belge, est en voie de se faire, d'après les principes formulés par l'Institut de droit international en 1888, par des congrès de droit maritime, comme ceux d'Anvers et de Bruxelles, et enfin par le Comité maritime international. J'applaudis des deux mains à tous ces travaux, mais après avoir applaudi, je reprends la plume pour constater que c'est au législateur international qu'on fait appel pour transformer le droit commun international non écrit en un droit commun codifié.

2ième GROUPE

LE FAIT PERSONNEL DOMMAGEABLE, QUI N'EST PAS IMPUTABLE OU PAS ILLICITE

§ 124. *Considérations générales et division de la matière*

Il y a ici une matière, qui peut donner lieu à des considérations théoriques transcendantes. Je ne crois pas pouvoir la passer sous silence, mais je ne voudrais pas en abuser.

J'ai considéré, comme un principe de droit commun international, la règle portant que le fait illicite personnel, imputable et dommageable, impose à son auteur l'obligation de réparer le dommage causé. A cette règle, comme je l'ai dit, vient s'opposer une autre règle, qui forme la conséquence d'un système où la faute est remplacée par la causalité. Ce dernier système, quels que soient les arguments que l'on puisse invoquer en théorie pour le défendre, ne peut pas être considéré comme consacré par le droit commun international. Mais il est certain que plusieurs législations renferment des dispositions formelles, qui attachent une responsabilité au fait personnel dommageable émané d'un sujet juridique, alors que ce sujet n'a pas commis de faute ou n'a pas même agi d'une manière nettement illicite.

Je ne veux pas faire une dissertation sur le fondement juridique de cette responsabilité, et je me garderai bien de parler de quasi-délits. Cependant je dois dire que le système de la responsabilité causale, que je viens de citer, ne me paraît

pas une bonne explication de ces dispositions, et que je ne peux pas non plus y voir simplement des obligations basées sur la seule autorité de la loi. Toutes les obligations en question peuvent, à mon avis, être expliquées par un devoir d'homme à homme, attaché à la vie en commun dans une société où règne un ordre raisonnable, et que le droit positif a consacré.

La détermination de ce devoir, pour chaque disposition positive, peut être matière à controverse. Ce sont de belles controverses, dignes d'occuper les jurisconsultes. Mais je n'ai pas à y entrer dans le travail actuel. Je n'ai pas même à préciser anxieusement quand il y a un devoir social de dédommagement *sans imputabilité* et quand il y a un devoir social de dédommagement *sans acte illicite*. Je constate qu'il y a des divergences dans les lois, dont les unes ont consacré un devoir social dans certains cas, alors que d'autres ne l'ont pas fait, ce qui suffit pour donner à mes considérations sur le droit international la base pratique que je cherche toujours.

Pour ne pas aller trop loin dans l'examen des détails, je diviserai la matière en deux. Dans un premier § je présenterai des observations sur quelques cas spéciaux, sans me flatter d'épuiser la matière. Ainsi je ne parlerai pas du § 122 du code civil allemand, qui appartient plutôt à la partie générale du droit et qui m'entraînerait dans la théorie de l'erreur. Dans un second § je m'occuperai, un peu plus longuement, d'une seule matière, la rupture de la promesse de mariage, qui me paraît un bon type d'une responsabilité attachée à un acte licite en lui-même.

---

§ 125. *Observations sur quelques cas spéciaux*

A. **Responsabilité personnelle d'enfants en bas-âge ou d'aliénés.**

Cette responsabilité se rattache à la question de l'imputabilité, et j'en ai déjà parlé en traitant du débiteur de l'obligation basée sur un acte illicite en général. Il me suffit de rappeler ici les dispositions du code civil autrichien (§ 1310), de la loi fédérale suisse (art. 58) et du code civil allemand (§ 829), que l'on peut opposer aux lois qui sont peu explicites, comme le code civil français, et à celles qui laissent subsister un doute, comme la nôtre (art. 1483 du code civil), ou qui disent seulement que le mineur qui a agi sans discernement et la personne qui est en état de démence involontaire ne sont pas responsables (code civil japonais, artt. 712, 713) (1).

Comment expliquer la naissance de cette obligation, attachée au fait d'une personne à qui l'on ne peut imputer aucune faute? Le code suisse parle de l'équité. Le code allemand y ajoute des considérations tirées de la fortune des personnes (2). Je me crois fondé à dire que l'obligation repose sur un devoir social attaché à la fortune. La loi pourrait, dans cet esprit, déclarer obligé le millionnaire qui blesse par pur cas fortuit un pauvre diable (3). Quoi qu'il en soit, les législations, qui consacrent l'existence d'une obligation, admettent nécessairement l'existence d'un devoir.

La relation juridique qui nous occupe peut être conçue sous la face locale-nationale ou bien sous la face locale-étrangère;

---

(1) Je me suis servi de la traduction Motono et Tomii. Sur le § 1310 du code civil autrichien, conf. Unger, op. cit., p. 134 sqq.

(2) Conf. Rümelin, op. cit., p. 68.

(3) Conf. R. Merkel, *Die Kollision rechtmäsziger Interessen* (1895), p. 155.

quant à la face internationale, il faudrait aller trop loin dans la casuistique.

La face locale-nationale se présentera lorsqu'une personne irresponsable aura posé dans le pays, où siége le juge appelé à se prononcer, un acte dont les effets se sont produits dans ce même pays, et qui aurait donné lieu à une obligation basée sur le principe général des actes illicites, si la personne avait été responsable. Dans ce cas, le juge appliquera le droit de son pays, soit que ce droit consacre l'existence d'une obligation, soit qu'il ne la consacre pas. On peut voir facilement, sous cette face, combien il serait contraire aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie en commun de prendre en considération la nationalité ou le domicile de la personne. La loi considère cet ordre raisonnable comme troublé ou non, mais il n'y a aucun rapport entre ce trouble ou cette absence de trouble et la nationalité ou le domicile.

La relation juridique se présentera sous la face locale-étrangère lorsque la personne irresponsable aura causé le dommage dans un pays, par un acte qu'elle y a fait, et que l'action sera intentée dans un autre pays. Pour le juge de ce dernier pays, la relation est locale-étrangère. Il se peut que l'obligation soit consacrée dans le pays de l'acte, et qu'elle ne le soit pas dans celui du jugement; la position contraire peut aussi se présenter. Ma conviction est que le juge doit appliquer la loi du pays où le fait s'est passé et où ce fait a causé le dommage. Si cette loi accorde le droit d'exiger un dédommagement, ce droit sera acquis, et l'ordre public universel ne s'oppose aucunement à ce que ce droit soit reconnu; si cette même loi refuse le droit à un dédommagement, l'ordre public universel n'exige pas du tout que le juge l'accorde quand même. C'est seulement l'ordre raisonnable de

la vie active locale qui est troublé éventuellement. La „lex fori", en principe, n'a rien à défendre ou à exiger. Je fais abstraction naturellement des textes, dans le genre de l'art. 12 de la loi allemande sur la mise en vigueur du code civil, et auxquels on voudrait donner une portée plus large que celle d'une disposition portant sur la mesure de l'indemnité.

Je ne parle pas du cas où le dommage aurait été causé dans un pays autre que celui de l'acte, ou bien de celui où le fait aurait eu lieu en pleine mer; ces cas me paraissent ici trop hypothétiques. A coup sûr, ils ne seraient pas insolubles, s'ils se présentaient.

B. **Dommage causé par un acte justifié par la nécessité.**

Il y a ici encore une belle question de haute philosophie sociale, que je ramène à des textes positifs. L'acte justifié par la nécessité peut être licite, légitime même, mais cela n'exclut pas nécessairement l'obligation de réparer le dommage causé. Il est question dans les Pandectes (fr. 29 § 3 ad. leg. Aquiliam IX, 2) d'un navire, empêtré par la force des vents dans les câbles d'un autre navire, et qui les coupe par nécessité; le jurisconsulte dit: „nullam actionem dandam". L'art. 541 du code de commerce néerlandais impose une obligation de dédommagement dans un cas analogue. Je vois, dans cet article, la haute conception d'un devoir social, incombant à celui qui sacrifie, à la nécessité de son propre salut, le bien d'autrui (1).

Il y a des textes à comparer. Le code fédéral suisse (art. 56) dit que l'obligation de réparer le dommage, dont on est l'auteur, cesse en cas de légitime défense, et l'art. 720 du code civil japonais est rédigé dans le même esprit. Il est inté-

---

(1) R. Merkel, op. cit., pass. Unger, op. cit., p. 24 sqq.

ressant d'opposer ces dispositions à certains textes du droit allemand, particulièrement aux §§ 226 et suivants du code civil et au § 904 du même code. Sans analyser tous ces §§, ce qui dépasserait le cadre de ce travail, je me permettrai d'en tirer quelques données. Les §§ 227 et 228 ne s'écartent pas décidément du système de la faute imputable, mais la loi, après avoir déclaré légitimes, dans le § 229, certains cas d'emploi de la force individuelle, ajoute, dans le § 231, que celui qui se trompe sur la légitimité de cet emploi, est tenu de dédommager la victime, quand même cette erreur ne serait pas le résultat d'une faute. Celui qui agit, le fait à ses risques et périls. Le § 904 permet, en termes assez généraux, de porter atteinte à la propriété d'autrui en cas de danger actuel, menaçant un intérêt sensiblement supérieur au droit lésé, mais la loi impose l'obligation de réparer le dommage. DERNBURG (1) critique assez vivement cette disposition, qu'il voudrait au moins limiter au cas où il y a une obligation morale d'intervenir. Quant à moi, je constate simplement qu'il y a ici une obligation de dédommagement, attachée à un acte que la loi déclare licite, et que cette obligation dérive d'un devoir social d'homme à homme, consacré par la loi.

Ce caractère m'indique la voie à suivre pour arriver à l'application du droit, et les cas pratiques, qu'il est aisé de concevoir, montrent bien la différence qu'il y a entre le droit philosophique pur et le droit commun international. Ce dernier est un droit positif non écrit. Il y a ici un trouble de l'ordre raisonnable de la vie des hommes en commun, qu'une loi locale constate et qu'elle considère comme une source d'obligation. La

(1) Op. cit., III, § 79, II.

nationalité et le domicile de l'auteur du fait et de la victime ne seront donc pas des éléments décisifs. Ce qui sera décisif, ce sera le cercle de vie active locale, au milieu duquel le fait s'est produit et où il a causé le dommage. Sous la face locale-nationale, le juge appliquera le droit de son pays; sous la face locale-étrangère, il appliquera le droit du pays étranger où le fait se localise. L'absence d'un droit commun international empêchera souvent, à mon avis, le juge allemand, par exemple, d'accorder une indemnité dans le cas où un Allemand aurait agi, en pays étranger, selon les termes du § 231 ou du § 904 du code civil allemand, quand même il s'agirait d'un Allemand, domicilié en Allemagne, sur qui le juge exerce une pleine juridiction. Je ne partage pas du tout l'idée, que ZITELMANN semble adopter, et qui tendrait à suivre la loi nationale de l'auteur du fait, en argumentant d'un prétendu principe du droit de gens, qui permettrait à la seule loi nationale d'imposer aux hommes des obligations légales (1).

On pourrait ici, sans trop grand effort d'imagination, présenter la question sous la face internationale, en supposant qu'un abordage a eu lieu en mer, volontairement mais par nécessité, entre deux navires de nationalité différente. Le juge dans ce cas, ne pourrait pas invoquer le droit commun international, et, par suite, il ne pourrait pas imposer une obligation, même si la „lex fori" avait prévu le cas *pour la vie active locale*. Mais un pareil abordage, dont certains auteurs parlent (2), me paraît un peu cérébral. Les projets de règle-

---

(1) Op. cit., II p. 513.

(2) HACKEL, *Ersatzplicht des Rheders beim Schiffszusammenstoss*, Zeitschrift f. d. G. H. LII (1902) p. 218 sqq. (§ 7). K. A. ROMBACH, *Bijdrage tot de internat. regeling van het materieele aanvaringsrecht* (Leyde, 1903), p. 23 sqq.

ments internationaux n'ont pas jugé nécessaire de le prévoir.

On peut rattacher à cette question du dommage, justifié par la nécessité, le dédommagement qui est dû à un citoyen en cas d'expropriation forcée, de même que l'indemnité due en cas de prison préventive injustifiée, d'acquittement, de révision d'une sentence pénale, etc. Mais ces cas se localisent par leur rapport avec le droit public et administratif, et en même temps par la question de juridiction (1). Je crois que je peux me contenter d'en parler pour mémoire.

Peut-être aurais-je pu être plus explicite quant aux cas où des situations, analogues à l'expropriation forcée administrative, se présentent entre particuliers. Tel est, par exemple, le cas de l'art. 249 du code de commerce français, reproduit, entre autres, par le code de commerce néerlandais (art. 374). Cependant il n'y a pas nécessité d'examiner spécialement ces cas, qui se localisent par le fait de la situation particulière des personnes, et je préfère m'abstenir. Je m'occuperai plus tard des cas où les intérêts de plusieurs personnes sont enchevêtrés, au sein d'une société en miniature, de manière à produire, dans ce cadre restreint, des devoirs sociaux.

C. **Dommage causé par des actes de procédure civile.**

Il est sage de me contenter de quelques observations, pour ne pas entrer dans la voie de traverse qui mène au droit de procédure, dans lequel je risquerais de demeurer longtemps engagé.

C'est ainsi que je passe légèrement sur la condamnation de la partie, qui succombe dans un procès, aux dépens de ce procès. C'est une règle fort générale (code de procédure civile

---

(1) Conf. la loi sur la mise en vigueur du code civil allemand, art. 109.

français, art. 130 ; code néerlandais, art. 56 ; Civilprozeszordnung allemande, § 91 sqq., etc.). Cependant il y a des divergences tellement grandes dans la manière dont cette règle a été développée, qu'il est difficile d'y voir une simple application de la règle de droit commun international, qui impose, à l'auteur d'un fait, illicite et imputable, l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé (1). Dans les discussions que soulèvent les dispositions des codes de procédure, on voit déjà poindre un système plus large que celui de la faute imputable et qui se rapproche même de celui de la simple causalité. Mais comme je retrouverai ce dernier système dans d'autres questions, je ne m'y arrêterai pas en ce qui concerne les dépens.

Il n'y a pas lieu non plus de consacrer une dissertation à la condamnation à des dommages et intérêts, qui peut, dans certains pays, atteindre les plaideurs de mauvaise foi ou même simplement imprudents. LAURENT enseigne (2) que des condamnations de ce genre sont prononcées souvent en France et en Belgique ; chez nous, FAURE, mon maître très respecté, ne croit pas que de pareilles condamnations soient possibles (3). Mais il s'agit plutôt ici d'une question d'interprétation différente de lois identiques, que d'une question d'application d'un texte. C'est le droit commun franco-belge, c'est-à-dire l'art. 1382 du code civil, que LAURENT invoque toujours.

La question de la responsabilité engagée par un fait, qui peut être, sinon licite, du moins d'une nature telle qu'on ne peut pas toujours le considérer comme une faute, se pose en

---

(1) FAURE, *Het Ned. burg. procesrecht*, II, § 74, p. 261 sqq. UNGER, op. cit., XIII, p. 104 sqq.

(2) *Principes*, XX, nos. 412, 413.

(3) Op. cit., II, p. 266.

matière de saisie. LAURENT et DERNBURG (1) surtout donnent encore d'autres exemples, mais je me contente de la saisie, un mode de conservation ou d'exécution, dont on use assez souvent dans la vie active internationale. Notre législateur, particulièrement dans les artt. 732 et 739 du code de proc. civ., parle de dommages et intérêts à payer en cas de mainlevée de la saisie, mais en ajoutant: „s'il y a lieu", ce qui suppose naturellement qu'il n'y a pas toujours lieu, et ce qui rend plausible l'interprétation qui exige une faute, quand ce ne serait qu'une faute très légère. Je ne discute pas la question. Le code de procédure civile allemand, dans la rédaction actuelle de son § 945, dit sans restriction que l'auteur des mesures qu'il vise est tenu de réparer le dommage. Il y a donc là certainement un cas qui a pu être rangé, par UNGER, avec pleine raison, dans la catégorie des cas où celui qui agit, le fait *à ses risques et périls* (2). C'est presque de la pure causalité. LAURENT se rapproche assez de ce système; il dit que la Cour de cassation n'exige pas que la saisie constitue un délit, il suffit que la saisie soit reconnue mal fondée. Je ne discute pas la chose en elle-même, mais j'ose dire modestement que le principe général de l'art. 1382 du code civil, que le savant jurisconsulte croit suivre, est dépassé par lui (3).

Les questions de droit international que des actes de procédure peuvent soulever ici, se présenteront presque toujours sous la face locale-nationale. L'élément décisif sera alors la juridiction invoquée par le saisissant. Le juge aura à s'occuper

---

(1) Op. cit., II² § 399.
(2) UNGER. op. cit., XIV, p. 115 sqq.
(3) Op. cit., XX, n⁰. 414.

d'un acte de procédure, qui a eu lieu dans son pays et qui y a causé un dommage; il appliquera la loi de son pays sans tenir compte de la nationalité ou du domicile de l'auteur du fait.

Il n'est pas impossible cependant qu'une demande de dommages et intérêts se pose, en cas de saisie, devant une juridiction, relativement étrangère. On peut supposer aussi que l'on demande à un juge de déclarer exécutoire une condamnation, aux frais ou à des dommages et intérêts, prononcée dans un autre pays. Abstraction faite des traités spéciaux sur l'exécution des jugements, que je ne veux pas examiner en détail, et du traité général de La Haye (1896—1897), qui parle des frais et dépens dans son article 12, le juge appliquera en principe la loi du pays où le fait a été posé et où il a produit le dommage. Il le fera, parce que le droit à l'indemnité dans ce cas est un droit acquis, si la loi du pays où l'acte a été commis et où il a produit un dommage, donne ce droit. Mais il n'ira pas plus loin que l'exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle. Ainsi, il ne dépassera pas la mesure du dommage réellement souffert, et si le jugement étranger renferme une condamnation qui est en réalité une peine arbitraire, il ne lui donnera pas sa sanction.

---

§ 126. *La rupture d'une promesse de mariage*

A. **Caractère juridique de cette rupture.**

Notre matière a des rapports avec le droit de famille. Les fiançailles peuvent produire une relation personnelle dont les

effets se manifesteront dans le droit civil, le droit de procédure et le droit pénal (1). La matière touche aussi au droit des obligations conventionnelles, et il y a des législations qui l'ont réglée en ce sens. Cependant, de même que le mariage, d'après le plus grand nombre des législations, n'est pas une convention comme une autre, la promesse de mariage n'est pas une promesse comme une autre. Bien qu'elle inspire à une personne sérieuse et raisonnable la confiance qu'un mariage suivra, on ne peut pas dire que le droit commun international ait consacré l'obligation d'accomplir la promesse (2). Non-seulement il n'y a pas un droit commun en ce sens que l'obligation serait susceptible de recevoir une exécution forcée (code de proc. civile allemand § 895, modifiant l'ancien droit prussien), mais il y a des lois qui refusent en principe l'équivalent de l'exécution forcée, la condamnation à des dommages et intérêts. Le but de ces dernières lois est de maintenir intacte la liberté humaine. L'union de l'homme et de la femme, par le mariage, doit être basée sur l'amour dans sa plus noble expression. S'il disparaît, le mariage ne doit pas être forcé, même indirectement (3).

C'est pour cela que tout en respectant les conceptions juridiques des divers pays, je me permets de considérer ici la rupture d'une promesse de mariage comme un acte qui n'est pas nécessairement illicite.

B. **Points saillants du droit comparé.**

Il y a une opposition assez nette.

L'idée que la promesse de mariage, même unilatérale, crée

---

(1) Dernburg, op. cit., IV, § 6.

(2) Code civil allemand, § 1297. Le texte n'exclut pas absolument l'obligation.

(3) l. 2, C. de inutilibus stipulationibus VIII, 39 (38).

une obligation susceptible de se résoudre en dommages et intérêts, semble bien dominer dans le droit anglais. ADDISON exige, logiquement, la capacité de contracter; il examine les effets du dol et des fausses représentations, les excuses résultant d'événements et de circonstances, etc. Il est disposé à admettre une large évaluation des dommages et intérêts (1). Dans le droit américain, au moins en ce qui concerne l'Etat de New-York, je trouve la même idée générale. Naturellement, pour ce qui est de la jurisprudence dans cet Etat, il faut tenir compte de la règle, en vigueur avant la loi de 1896 (ch. 272), et qui admettait la conclusion du mariage même par simple consentement, ce qui rend un peu difficile la distinction entre le mariage et les fiançailles (2).

Dans le droit français, il y a controverse. LAURENT (3) combat vivement l'opinion de TOULLIER et de MERLIN, qui admettaient la validité du contrat de fiançailles et, par suite l'application de l'art. 1142 du code civil; LAURENT se prononce, avec la jurisprudence, pour la „nullité" de la promesse. Cependant, il conclut à l'applicabilité de l'art. 1382, pourvu qu'il y ait dol ou au moins faute de la part de celui qui manque à sa promesse. Même il me paraît, ici encore, dépasser un peu la portée de cet article, en donnant à entendre qu'il y a délit ou quasi-délit, si celui qui a manqué à sa promesse n'a pas de justes raisons de ne pas la tenir.

Notre code civil néerlandais a une disposition formelle. Son article 113 refuse, en principe, tant l'action en célébration du mariage que celle en paiement de dommages et intérêts;

---

(1) Op. cit., p. 835 sqq.

(2) GILBERT, *The law of domestic relations of the State of New-York* (Albany, N. Y. 1902) p. 4. L'auteur cite *Cheney* v. *Arnold*, 15. N. Y. 345.

(3) *Principes* II, n⁰. 304 sqq., particulièrement n⁰. 309.

il déclare nulle toute convention de dédommagement. Mais le second alinéa ajoute que s'il y a eu une déclaration, faite devant l'officier de l'état civil, et suivie d'une publication, il *peut* y avoir lieu à une demande en réparation des dommages pécuniaires subis par l'autre partie, dommages qui ne peuvent jamais comprendre les bénéfices dont la partie lésée a été privée. L'action est soumise à une prescription ou plutôt à un terme fatal de dix-huit mois, à compter du jour de la première publication. L'expression „*peut*" soulève un doute. D'un côté, on soutient que le juge doit tenir compte des circonstances, pour décider si celui qui a rompu sa promesse a eu des motifs suffisants; d'un autre côté, on considère que la loi n'exige aucune autre condition que l'existence d'un dommage (1).

Le droit allemand, sous ce rapport, présente des particularités historiques, que Cosack et Dernburg racontent. Les dispositions du code civil (§§ 1297—1302) sont très étendues, bien que la loi ait abandonné à la science le soin de déterminer le caractère juridique des fiançailles. Le § 1298 règle le droit à l'indemnité, en précisant le créancier, le débiteur et le montant de l'indemnité; la loi dit que cette dernière n'est pas due lorsqu'il il y a un motif grave de rupture. D'après le § 1299, la partie qui, par une faute, donne à l'autre partie un motif de rupture, est tenue de lui payer des dommages et intérêts. Le § 1300 prévoit encore le cas où une fiancée de réputation intacte (unbescholtene) a eu de son plein gré des relations intimes avec son fiancé; elle peut alors, sous les conditions des §§ précédents, réclamer en outre une indemnité équitable du chef du dommage qui n'est pas un dommage pécuniaire. Le § 1301 parle de la restitution

(1) Diephuis, op. cit., IV, p. 16. Opzoomer, op. cit., I ad. tit. V, note 1.

des cadeaux de fiançailles, et le § 1302 établit une prescription de deux ans. Dans ces dispositions, remarquables sous tous les rapports, il y a bien des choses : la reconnaissance des fiançailles comme un rapport juridique (§ 1297): un principe d'indemnité, indépendant, à ce qu'il me semble, d'une faute à prouver par le demandeur (§ 1298); un autre principe, qui dépend de cette faute (§ 1299); et enfin un acte inconvenant, commis avec l'assentiment de la victime, et entraînant, dans des conditions déterminées, une espèce d'amende réparatoire (§ 1300).

C. **Application du droit.**

On peut faire ici l'essai de toutes les règles inventées pour trancher les soi-disants conflits, et faire appel au statut personnel, basé sur la nationalité ou sur le domicile du débiteur, du créancier ou des deux parties, à la „lex loci contractus", „loci executionis", „delicti aut quasi-delicti commissi" et enfin à la „lex fori", pour ne pas parler du principe d'autonomie, qui n'a ici que des chances très faibles. Quant à moi, si l'on me demandait de déterminer, par un simple choix entre les lois imaginables, celle qui doit régir universellement la rupture de la promesse de mariage, je serais forcé de répondre que la question est mal posée et que tout dépend des faces que la relation juridique, qui nous occupe, peut présenter, et en même temps, par suite de l'absence d'un droit commun international, de la manière dont le juge envisagera le but social de cette relation juridique. En suivant une bonne méthode d'investigation, on peut du moins poser la question comme elle doit l'être.

Ainsi le juge aura tout d'abord à déterminer quand la question se présentera sous la face locale-nationale, de manière à se trouver absolument soumise au droit du pays où le juge

siége. Cela ne fera pas de doute lorsque tous les éléments de la relation juridique seront attachés au territoire, c'est-à-dire lorsqu'un homme et une femme, tous deux citoyens du pays et domiciliés dans le pays, y auront échangé la promesse d'un mariage, qui aurait dû être conclu dans le pays et qui y a été rompu. Mais on sent bien que ces éléments ne sont pas tous décisifs pour le but social de la relation juridique. Pour arriver à une solution, même quand il ne s'agit que de caractériser la face locale-nationale, il est nécessaire de se rendre compte de ce but social. Il est certain que les fiançailles ont un certain rapport avec le droit de famille, et cette circonstance, dans l'état actuel des législations, doit faire considérer comme un des éléments décisifs la nationalité ou du moins le domicile des personnes. Mais ce rapport de notre relation juridique, avec le droit de famille, n'est pas le seul élément décisif. Le lien de famille n'est pas encore noué, il n'existe qu'en projet. Il n'y a pas, entre le fiancé et la fiancée, la communauté des devoirs sociaux qui existe entre le mari et la femme, et qui produit, pour ces derniers, l'unité de domicile, de nationalité et même de fortune que beaucoup de lois consacrent. C'est pour cela qu'il faut tenir compte du fait que les devoirs sociaux des fiancés peuvent être différents selon le groupe social au sein duquel ils vivent. Puis il faut à tout le moins examiner si l'on ne tiendra pas compte du droit international des conventions et du droit international des actes illicites, qui peuvent donner une certaine importance au lieu où les fiançailles ont été conclues, au lieu où le mariage aurait vraisemblablement dû être célébré, et même au lieu de la rupture. Tout cela rend l'analyse délicate. Ce qui me décide, c'est le rapport de la matière avec l'amour dans sa plus haute expression. S'il est vrai que l'amour déclaré et partagé produit

une union des âmes, que l'on peut assimiler, jusqu'à un certain point, à une relation de famille, cette relation cesse dès que l'amour disparaît, et l'amour est un sentiment, qui ne relève pas de la logique. La loi ne peut pas lier ce que la nature humaine délie. C'est pour cela que je rejette tout à fait l'idée du contrat, qui conduirait logiquement à un lien de droit. Je rejette aussi l'idée du délit ou du quasi-délit. Sans doute il peut y avoir un acte illicite attaché à la rupture; mais il faut alors un autre élément que la seule rupture; il faut qu'il y ait eu séduction, escroquerie ou tromperie. Je tiens la rupture, en elle-même, pour un acte *licite*, même lorsque celui qui rompt sa promesse n'a d'autre motif que l'absence de l'amour, motif dont il ne doit compte à personne. La rupture, sans autre motif, n'est pas même une imprudence légère, comme Laurent semble le croire. Mais la loi peut attacher une obligation de dédommagement à un acte licite, en consacrant un devoir social. Et ce devoir n'est nullement imaginaire. Celui qui après avoir établi la relation particulière, qui se nomme les fiançailles, la brise en causant un tort pécuniaire, doit le réparer. S'il y a, de plus, un acte illicite de sa part, la violation d'un autre devoir social peut entraîner une autre obligation, même plus étendue, mais ayant une autre base. Cette analyse me conduit à ne retenir, comme décisifs pour le but social de notre relation juridique, que deux éléments, la nationalité commune des parties, qui me permettra de tenir compte jusqu'à un certain point du droit de famille, et leur domicile commun, qui les place dans un cercle local de vie active où un devoir social peut être consacré par la loi. Les autres éléments, le lieu de la promesse, celui où elle doit être exécutée, et celui où la promesse se rompt, sont indifférents, tant qu'il n'y a pas un acte illicite, ayant précédé ou accompagné la

rupture. Ma conclusion est que la relation juridique sera locale-nationale lorsque les fiancés auront la nationalité du pays où le juge siége, et y seront domiciliés. Le juge appliquera alors le droit de son pays, quand même les fiançailles auraient été conclues pendant un voyage ou rompues après une expatriation.

Lorsque les mêmes éléments décisifs seront attachés à un pays étranger déterminé, la relation sera locale-étrangère, et le droit applicable sera celui du pays en question. Le droit à l'indemnité sera alors un droit acquis, mais le juge étranger n'ira pas jusqu'à consacrer une pénalité indirecte, et il ne condamnera pas non plus à l'exécution forcée, par le moyen d'un mariage judiciaire ou de la nomination d'un représentant. Ces mesures seraient contraires à l'ordre raisonnable de la société universelle.

La relation juridique, que nous examinons, peut fort bien, par suite de l'existence d'un „connubium" universel, se présenter sous la face internationale. Il faut supposer alors que les fiancés n'ont pas la même nationalité, ou bien que, tout en ayant la même nationalité, ils n'ont pas le même domicile, ou encore, qu'ils appartiennent à des groupes nationaux différents et n'ont pas leur domicile dans le même pays. L'absence d'un droit commun international se fera alors sentir. La solution dépendra du pays où la question se posera, parce que les juges, après avoir déterminé le but social de la relation juridique, pèseront, dans leur conscience juridique, ses divers éléments, et que selon le résultat de cette opération, ils seront amenés à considérer comme prépondérant tel ou tel élément. Le juge, qui est d'avis qu'il s'agit ici d'une véritable relation de famille, sera disposé à donner la prépondérance à la nationalité commune des fiancés, peut-être même

à la nationalité du débiteur. C'est ce que le juge allemand pourrait faire, par exemple dans le cas du § 1300 du code civil de son pays. D'un autre côté, le magistrat qui partira de l'idée d'un contrat, tiendra peut-être pour prépondérant le lieu où il a été conclu — il sera fort rare que cette conclusion ait eu lieu par un mandataire, un courtier ou un gérant d'affaires (!), par une simple lettre, par le télégraphe ou le téléphone (!!) —, et le juge, qui se croira obligé de baser le devoir de réparation sur une faute, sera entraîné à suivre la loi du lieu où elle a été commise. Pour moi, je pense que s'il y a ici une obligation, elle a sa source dans un devoir social, qui lui-même est basé sur le fait que deux personnes sont fixées à demeure au milieu d'un groupe juridique local et comptent sur la protection de ses lois. Si les fiancés sont domiciliés dans le même pays, lors de l'échange des promesses de mariage, à la rigueur même lors de la promesse unilatérale que la loi locale consacre, la communauté du domicile fera pénétrer assez profondément leur relation juridique dans la vie active locale, pour que le droit local leur soit appliqué. Si les parties n'ont pas de domicile commun, ma conclusion est que, par suite de l'absence d'un droit commun international, il n'y aura pas entre elles une obligation fondée sur le seul fait de la rupture, mais qu'il peut y en avoir une basée sur un acte illicite, ayant précédé ou accompagnant cette rupture. J'ajoute que les inconvénients d'un pareil état de choses ne sont pas assez grands pour qu'il faille dire qu'une codification internationale s'impose.

Je demande pardon au lecteur de l'avoir retenu aussi longtemps dans cette matière. Mon excuse est que je l'ai considérée comme une belle pierre de touche pour les principes traditionnels.

3ième GROUPE

LA RESPONSABILITÉ ENGAGÉE SANS FAIT PERSONNEL

§ 127. *Responsabilité attachée à une qualité ou à une profession*

A. Divergences quant au caractère juridique de cette responsabilité.

Il est nécessaire de parler de ces divergences, bien que le droit international privé ne puisse pas se flatter d'y mettre fin. Elles ont une influence fort grande sur l'application du droit et cette influence prouve une fois de plus que l'interprète du droit international privé ne peut pas poser des règles universelles, renvoyant à une loi, pour les relations juridiques qui se présentent sous la face internationale, tant qu'il y aura des divergences profondes sur la nature même de ces relations juridiques. Des législations, qui sont d'accord sur l'existence d'une responsabilité attachée à une qualité ou à une profession, et qui s'expriment dans les mêmes termes ou à peu près dans les mêmes termes, conduisent à des résultats tout à fait divergents selon le caractère juridique que l'interprétation donne à la responsabilité.

La principale divergence porte sur la question de savoir

s'il faut qu'il y ait, de la part de la personne déclarée responsable, *une faute*, tout ou moins présumée, ou s'il faut voir dans sa responsabilité, sinon un effet de la simple causalité, du moins celui *d'un devoir social particulier*, attaché à une qualité ou à une profession. Le plus souvent, l'opposition entre ces deux manières de voir se présente au sein d'une même législation.

Prenons pour base de travail un article célèbre, l'art. 1384 du code civil français, dont les dispositions ont été suivies, de près ou de loin, dans beaucoup de pays. Cet article renferme une entrée en matière (alin. 1), puis trois dispositions imposant une responsabilité, plus une disposition finale, permettant, à quelques-unes des personnes mentionnées dans les trois alinéas précédents, de faire cesser leur responsabilité. Je laisse de côté la loi du 20 Juillet 1899 (1).

Si l'on voit dans ces dispositions une application du principe de la faute, comme le fait, avec beaucoup de logique, LAURENT par exemple (2), on arrive à des conclusions fort nettes. L'entrée en matière devient une phrase, échappée à l'exposé des motifs, et n'imposant aucune responsabilité, parce que, sans loi, il n'y a pas de présomption légale de faute. L'interprétation des trois alinéas du centre doit, pour le même motif, être restrictive. Ce que la loi dit du père et de la mère ne s'étend pas au tuteur, et le dernier alinéa devient, pour les personnes qu'il mentionne, une disculpation, qui renverse la présomption

---

(1) Notice par M. CHAUMAT dans l'Annuaire de la Soc. de législ. comparée (législ. française) 1900, p. 126. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, op. cit., XIII, n°. 2909.

(2) *Principes* XX, n°. 550 sqq. Conf. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, op. cit., XIII, n°. 2895. MATAJA, op. cit., p. 14.

du défaut de surveillance. Quant aux maîtres et commettants, il faut à tout prix trouver une présomption de faute, et l'on se sert, dans ce but, d'une présomption portant sur le choix inconsidéré du domestique ou du préposé. Si cette présomption est absolue, a cela tient au motif donné par POTHIER (1), qui dit que cela a été établi pour rendre les maîtres attentifs. Naturellement, l'idée de la faute domine alors toute l'interprétation.

L'article peut être retourné comme un gant lorsqu'on y voit l'expression d'un devoir social particulier. L'entrée en matière peut devenir alors un principe général, dont les cas qui suivent ne sont que des exemples, ce qui permet de les étendre à tous ceux qui, en leur qualité, exercent un devoir de surveillance. Quant aux maîtres et commettants, leur responsabilité, au lieu d'être basée sur la fade „culpa in eligendo", se rattachera au devoir social fondé, par exemple, sur le danger que fait courir au public celui qui profite du travail d'autrui, ou sur un risque professionnel compensé par les bénéfices d'une entreprise. Cela change du tout au tout l'interprétation.

L'opposition, que je mets en lumière, ne se présente pas toujours. Il y a des systèmes mixtes et des lois qui hésitent. Il y a des controverses. Je me permets de voir, je ne dirai pas une hésitation, mais un certain éclectisme dans le droit allemand (2). Les §§ 831 et 832 du code civil me paraissent se rattacher au principe de la faute. Le premier de ces §§, qui parle des commettants, a un système particulier de disculpation. Mais la loi du 7 Juin 1871 (Reichshaftpflichtgesetz), confirmée avec des modifications par la loi sur la mise en

(1) *Traité des obligations*, no. 121. Conf., sur le § 1314 du code civil autrichien, STEINBACH, op. cit., p. 37 sqq.

(2) MATAJA, op. cit., Chap. VI. UNGER, op. cit, VIII. p. 62 sqq.

vigueur du code civil, s'écarte très sensiblement des principes du code civil en étendant la responsabilité. Il faudrait presque un volume pour l'analyser, d'après les auteurs et la jurisprudence de la Cour de l'Empire. Dans tous les cas, DERNBURG (1) donne la loi en question comme un exemple d'une responsabilité existant sans faute.

Dans ces circonstances, je ne puiserai dans les textes que quelques éléments de comparaison, je serai bref sur les points que je croirai devoir relever, et je m'abstiendrai d'entrer dans certaines matières.

Ainsi, je n'aurai pas besoin de m'arrêter longtemps à la question de la responsabilité des armateurs et des propriétaires de navires, du chef d'actes dommageables commis par leur personnel. Cette question est à peu près la même que celle de la responsabilité dérivant de contrats conclus par les préposés. Au reste, elle a été débattue très souvent et elle est en voie de recevoir une solution pratique par la voie de l'uniformité.

D'un autre côté, je pourrai me contenter de mentionner la question de la responsabilité indirecte de l'Etat et de ses subdivisions administratives (provinces, départements, communes, colonies), comme commettants. Cette question, comme je l'ai dit en parlant d'une responsabilité directe de l'Etat, agissant par des organes, est presque toujours une question locale, et lorsqu'elle touche à la vie active internationale, la juridiction domine le fond du droit (2).

Enfin, je laisserai de côté la grande et belle question de la responsabilité des patrons envers leurs employés, question que l'on peut sans doute rattacher à notre matière,

---

(1) Op. cit., II², § 401.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, XIII, n⁰. 2917 sqq.

dans l'esprit des „Workmen's compensation acts" anglais (1897 et 1900), mais qui porte aussi sur le contrat de travail et sur l'assurance obligatoire. Quelquefois on rattache encore à notre matière ce qui reste de l'antique „receptum nautarum, cauponum et stabulariorum"; je ne suis pas disposé à suivre cet exemple, mais je donne acte de l'intention (1).

B. **Quelques points de droit comparé.**

La question de principe est bien plus saillante que les nuances des textes.

En ce qui concerne les personnes responsables, par suite d'une qualité qui impose un devoir de surveillance, le code civil français, comme je l'ai dit, parle du père et ne déclare la mère responsable qu'après le décès du mari; il exige que les enfants mineurs habitent avec les personnes responsables, mais il ne dit pas que l'acte des mineurs doit avoir une autre qualification que celle d'avoir causé un dommage. Le code civil italien mentionne les tuteurs (art. 1153 alin. 3), de même que le code espagnol (art. 1903). C'est ce que fait aussi l'art. 1403 du code civil néerlandais, tel que l'a modifié la loi du 6 Février 1901; le nouveau texte rend responsables les parents ou tuteurs du dommage causé par les enfants mineurs, habitant avec eux et sur lesquels ils exercent l'autorité que la loi donne aux parents, ou bien la tutelle. Le code fédéral suisse (art. 61) parle de „celui auquel incombe légalement la surveillance d'une personne de sa maison". Le code civil allemand (§ 832) est large aussi dans la détermination des personnes responsables; il parle même de ceux qui se sont chargés par contrat de la surveillance; il exprime l'idée

(1) Diephuis, op. cit., XI, p. 135 sqq. Opzoomer, op. cit., ad art. 1746 cod. civ. neerl. Conf. code pénal français, art. 73.

que l'acte doit être illicite. Enfin, dans le § 840, il dit que si l'auteur direct et la personne responsable sont obligés tous deux, ils répondent solidairement envers la victime, mais que dans les rapports entre l'auteur direct et la personne responsable, le premier seul est obligé. D'après le code civil portugais (artt. 2377 et 2379 j° 2377), et le code civil japonais (art. 714), la responsabilité des personnes chargées d'une surveillance a plutôt un caractère subsidiaire.

Quant à ce qui est des maîtres et commettants, je note seulement, comme un point saillant de comparaison, que certaines législations, le code civil français, entre autres, n'admettent pas de disculpation, alors que d'autres législations, le code civil allemand, par exemple, dans la disposition générale de son § 831, l'admettent positivement. Le § 840, que je viens de citer, vise aussi le § 831. Je ne mentionne ici que pour mémoire la responsabilité plus étendue, que le droit allemand attache à l'exercice de certaines professions.

Enfin, quant aux armateurs et aux propriétaires de navires, je rappelle que tout particulièrement en ce qui concerne le dommage causé par leurs préposés, en cas d'abordage par exemple, il est de la plus haute importance de tenir compte des divergences des lois quant à la limite de la responsabilité. La chose est trop connue pour que je fasse une comparaison.

C. **Application du droit.**

Il doit être clair, pour le lecteur qui a bien voulu me suivre, qu'il est difficile d'admettre une règle, qui voudrait soumettre la responsabilité, dont nous parlons, à la loi du lieu où le fait dommageable s'est passé, même lorsque ce fait est illicite. Il n'y a pas de rapport nécessaire entre ce lieu et la responsabilité de celui qui n'est pas l'auteur du fait. Je crois qu'on

doit reconnaître aussi que la règle, qui voudrait soumettre en principe les obligations légales à la loi nationale du débiteur, montre ici combien elle est arbitraire en général et contraire aux exigences de la vie dans ce cas particulier. Elle méconnaît le rapport qui existe certainement entre la responsabilité indirecte et l'ordre raisonnable de la vie des hommes en société.

Au contraire, j'espère démontrer qu'on peut arriver à donner aux lois locales, qui se sont conformées aux exigences de cet ordre raisonnable, l'autorité qui leur appartient, en distinguant entre les faces que la relation juridique, dont nous parlons, peut présenter.

Pour que le juge d'un pays considère l'obligation de responsabilité indirecte comme une relation juridique locale-nationale, soumise par conséquent, d'une manière absolue, au droit de son pays, il faudra non-seulement que le fait dommageable ait eu lieu dans ce pays et y ait produit ses effets, mais aussi que *la position sociale de la personne responsable indirectement se rattache à la vie active locale.* Ce dernier cas se présentera lorsque les parents, tuteurs ou autres surveillants légaux seront établis dans le pays, ou lorsque ceux, qui se trouvent soumis à une responsabilité professionnelle, y exerceront leur profession, quand même ils n'y seraient pas établis. La nationalité des mineurs, parents, tuteurs, instituteurs, etc. sera relativement indifférente ; elle aura seulement de l'influence sur la question de savoir à qui incombe une *surveillance légale*, lorsque la loi locale aura employé cette expression.

Dans les mêmes circonstances, le juge appliquera la loi d'un pays étranger déterminé, avec la restriction que la condamnation ne dépassera pas la mesure du dommage réellement souffert et ne comprendra aucun élément pénal. Cette

application se fera dans le cas où un ouvrier, chargé par un entrepreneur de faire un travail au delà de la frontière, aura été l'auteur d'un fait, qui se rattache à ce travail, et que la loi du lieu, où ce fait s'est passé et où il a produit un dommage, considère comme un trouble de l'ordre raisonnable de la vie active locale (1). Les éléments d'un droit acquis à l'indemnité sont alors réunis.

La face internationale de la question nous présente, à côté de certains cas un peu cérébraux, d'autres cas d'un grande importance pratique.

Je range dans la première catégorie le cas où un enfant mineur ou un aliéné aurait causé un dommage dans un pays autre que celui où se trouve la maison de ses parents ou le domicile de ses surveillants légaux. Il est inutile de compliquer la chose en supposant qu'il s'agit d'un acte, dont les effets dépassent la frontière; cela est trop chimérique. Je prends le cas plus simple où le dommage a été causé dans le lieu du fait. Par suite de l'absence d'un droit commun international, suffisamment caractérisé, la solution dépendra du pays où la question se posera, et, dans ce pays, de la manière dont le juge croira devoir déterminer le caractère juridique de la responsabilité indirecte. Supposons d'abord que la question se pose dans le pays, où le fait a causé un dommage et troublé l'ordre raisonnable de la vie sociale. Si le juge cherche à établir, à la charge d'une personne autre que l'auteur du fait, *une présomption légale de faute*, il ne pourra la trouver que dans la loi nationale ou domiciliaire de cette personne. La loi du pays, où le fait s'est produit, ne peut pas établir

(1) Cour Suprême du Michigan, in re *Turner* v. *St. Clair Tunnel Co.*, cité dans le Journal de *Clunet*, 1901, p. 613. L'ouvrier, dans ce cas, avait été blessé alors qu'il travaillait au Canada.

logiquement une présomption de faute à la charge d'une personne, qui n'a pas agi et dont la position sociale ne se rattache pas à la vie active locale de ce pays. Si, au lieu de chercher une présomption de faute, le juge se demande s'il y a *un devoir social de réparation*, son pouvoir d'appréciation sera plus large. Il pourra déduire ce devoir des éléments communs de la loi du lieu, où le fait s'est passé, et de la loi nationale ou domiciliaire des personnes, qu'il s'agit de rendre responsables indirectement. Cette dernière solution me paraît la meilleure. Le devoir social, que les lois des deux pays imposent, peut être considéré comme la base d'un lien de droit, dans les rapports internationaux entre les sujets permanents ou temporaires des deux pays. De cette manière, le juge n'aura pas à appliquer mécaniquement la loi nationale ou domiciliaire du débiteur. Si, dans les rapports internationaux, il ne trouve pas la base d'un devoir social de réparation, *il ne condamnera pas*; le dommage sera un malheur. Pour le juge du pays où les parents demeurent, pour ne pas parler de celui d'un tiers pays, une solution, surtout une solution dans le dernier sens, sera possible également. Ce que le droit, de cette manière, perd sous le rapport de la certitude mécanique, il le gagne sous celui de l'élasticité rationnelle.

La navigation maritime nous présente des cas d'une importance pratique bien plus considérable. Dans cette terrible question des abordages, la responsabilité indirecte des propriétaires domine la responsabilité personnelle des capitaines, des officiers, des pilotes, des remorqueurs, etc.. Cette responsabilité personnelle de l'auteur direct dépendra, comme nous l'avons vu, de la loi du lieu où un abordage s'est produit et, si ce lieu est la pleine mer, de la loi du pavillon commun

des navires, s'ils appartiennent à la même marine marchande, ou du droit commun international, s'ils n'ont pas le même pavillon. La responsabilité indirecte des propriétaires forme une autre question, comme nous l'avons déjà vu en traitant des contrats maritimes (§ 58), et la limite plus ou moins artificielle de cette responsabilité est encore une chose différente. Mais il n'y a plus lieu d'insister sur ces particularités, après ce qui a été dit, et alors que la matière a été creusée dans un grand nombre de travaux et discutée dans plusieurs congrès. Si l'abordage a eu lieu dans un port ou dans des eaux territoriales, la responsabilité indirecte des propriétaires, indépendamment de ses limites, sera déterminée par la loi locale, parce que la relation juridique se localise par tous ses éléments décisifs; c'est bien l'ordre raisonnable de la vie active locale qui est troublé et ce trouble remonte jusqu'à la personne qui exerce sa profession dans ce lieu. Si l'abordage a eu lieu en pleine mer, il faut aussi distinguer entre le principe même de la responsabilité indirecte et les limites de cette responsabilité. Quant au premier point, l'obligation même dérive d'un droit international commun de la mer, bien plus caractérisé que celui qui détermine les obligations des commettants sur terre. Ce droit commun international déclare responsable l'entreprise d'armement maritime, qui retire les bénéfices de l'exploitation du navire et qui met en danger les autres navires, sillonnant la grande voie des communications internationales. S'il est vrai que les lois sont d'accord sur l'existence de cette responsabilité, on pourrait arriver, pratiquement, au résultat que j'indique, en appliquant la loi du pavillon ou même la „lex fori". Mais, si le résultat est le même pratiquement, la méthode me paraît moins bonne. Le pavillon n'est pas un élément prépondérant dans cette

matière, qui se rapporte à un trouble de l'ordre raisonnable de la vie active universelle, et la „lex fori", incertaine au moment de la naissance de l'obligation, ne peut pas logiquement se dire la source de cette obligation. Cependant, je ne peux pas m'empêcher de voir dans l'application de ces lois, soit par le juge du pays auquel le navire appartient, soit par celui d'un autre pays, une reconnaissance implicite de la nécessité d'admettre l'existence d'une obligation. Ce qui vient d'être dit se rapporte à l'existence de l'obligation. Pour ce qui est de ses limites, j'aboutis, indépendamment des textes en sens contraire, à l'application de la loi du pavillon, pour les motifs déjà exposés (§ 58 D.), tout en reconnaissant, comme je l'ai dit aussi, le grand avantage qu'il y aurait à régler la matière par une codification internationale, comme on l'a tenté, sans succès jusqu'à présent.

---

§ 128. *Responsabilité engagée par des animaux*

A. **Points saillants du droit comparé.**

Ici encore, la divergence quant au fondement de la responsabilité domine les nuances que l'on peut trouver dans les textes, et comme cette divergence est du même ordre que celle que nous avons examinée dans les §§ précédents, je ne m'étendrai plus sur ce sujet et je me contenterai de quelques données que le lecteur pourra facilement compléter. Ainsi, l'art. 1385 du code civil français, et l'art. 1404 du code néerlandais, qui le reproduit à peu près, permettent au moins de soutenir qu'il y a une présomption de faute, admet-

tant la preuve contraire (1); le § 833 du code civil allemand, comparé au § qui suit, oblige l'interprète à chercher un devoir social particulier, incombant au propriétaire de l'animal (2).

La comparaison des dispositions légales, que je viens de citer, présente une mine presque inépuisable de divergences et de controverses. Je crois que je peux épargner au lecteur une expédition dans les galeries de cette mine, en évitant de lui parler en détail de la nature du dommage, du débiteur ou des débiteurs, obligés solidairement ou alternativement, de l'imputabilité (enfant en bas-âge, qui se trouve être propriétaire d'un animal), des animaux ou des êtres vivants que l'on peut assimiler aux animaux (abeilles, microbes, plantes vénéneuses), du dommage indirect (moutons, effrayés par les aboiements d'un chien et tombant dans un précipice), de l'effet d'une faute de la partie lésée, d'un contrat existant entre cette partie et le propriétaire, etc. etc.

Une matière qui mérite une mention est celle du gibier. Dans le droit français, les animaux, susceptibles de propriété privée, les lapins de garenne par exemple, tombent sous l'art. 1385 du code civil. Mais le gibier en général, qui ne forme pas un objet de propriété, ne donne pas lieu à une application de cet article. Pour rendre le propriétaire d'une chasse responsable des dégâts du gibier, il faut distiller des faits une faute, par exemple celle qui consiste à laisser le gibier se multiplier d'une façon

---

(1) Conf. LAURENT, Principes XX, n⁰. 625, et, en sens contraire, MARCADÉ, op. cit., V, 288, n⁰. I de l'art. 1385. DIEPHUIS, op. cit., XI, p. 106. OPZOOMER, op. cit., ad art. 1404, note 2.

(2) DERNBURG, op. cit., II^2, § 396. COSACK (B. R.), § 166. VON LISZT, op. cit., p. 107. Conf. spécialement sur le § 833 Dr. FRITZ LITTEN, dans la *Deutsche Juristen-Zeitung* 1905, p. 339 sqq.

exagérée; la jurisprudence a parfois suivi cette voie (1). En Allemagne, le § 835 du code civil règle minutieusement la responsabilité du titulaire d'un droit de chasse; cette disposition, déjà très locale en elle-même, est localisée encore davantage par les artt. 69—72 de la loi sur la mise en vigueur du code civil, qui renvoient en bien des points aux lois particulières des Etats allemands.

B. **Application du droit.**

On voit clairement qu'il ne saurait être question d'élever, au rang de principe général, une règle prescrivant l'application de la loi nationale du débiteur, de celle du lieu de son domicile, ou même de celle du lieu où le fait s'est passé, bien que le domicile de la personne responsable et le lieu du fait soient des éléments de localisation.

Pour que la relation juridique soit locale-nationale, il faudra, non-seulement que le fait se soit passé dans le pays et y ait produit le dommage, — deux circonstances qui ne se présenteront guère avec disjonction dans notre matière spéciale — mais encore qu'il y ait *un rapport entre la position sociale du débiteur et la vie active locale.* Le domicile, l'exercice d'une profession qui comporte l'emploi d'animaux, la qualité de titulaire d'un droit de chasse sur une portion du territoire, seront suffisants.

Si les mêmes éléments sont attachés à un pays étranger déterminé, la loi de ce pays sera appliquée et le droit à l'indemnité sera un droit acquis. Naturellement, la condamnation ne dépassera pas la mesure du dommage.

---

(1) Laurent, op. cit., X, n°. 635 sqq. Baudry-Lacantinerie et Barde op. cit., XIII, n°. 2949.

On peut concevoir notre relation juridique, avec un peu de peine, sous la face internationale. Les animaux et le gibier sont peu ferrés sur la géographie et peuvent causer un dommage dans un pays, *avec lequel leur maître n'a aucun rapport.* Dans ce cas, je serais disposé à admettre un droit commun des Etats limitrophes, imposant une responsabilité par les dispositions identiques des deux droits nationaux. La contrée frontière, partagée en deux par une ligne souvent arbitraire, forme un terrain d'action commun pour les Etats voisins, et l'acte qui trouble l'ordre raisonnable de la vie d'un côté de la ligne, le trouble aussi de l'autre. Si le fait tombe sous les dispositions des lois des deux pays, la personne visée par ces dispositions sera responsable dans les limites du dommage. Si cela n'est pas le cas, elle ne sera pas responsable.

---

§ 129. *Responsabilité engagée par des choses*

A. **Esquisse du droit comparé.**

Il n'y a pas lieu de faire halte longtemps ici. Les divergences dans les principes sont les mêmes et la localisation des cas prévus par les textes est assez facile.

Plusieurs lois, le code civil français (art. 1384), notre code civil (art. 1403) et le code civil italien (art. 1153) ont une disposition générale sur la responsabilité engagée par les choses que l'on a sous sa garde. Il y a controverse sur la question de savoir si cette disposition est un principe général, comprenant les automobiles, les substances explosives, etc., ou seulement une entrée en matière, destinée à expliquer les

dispositions sur les bâtiments (1). Il n'est pas sans intérêt de mentionner cette question, mais elle ne se rapporte qu'à l'interprétation.

Les dispositions sur les bâtiments ou autres ouvrages, que la plupart des législations renferment, pourraient être comparées. Les §§ 836—838 du code civil allemand sont beaucoup plus explicites que l'art. 1386 du code civil français, l'art. 67 du code suisse, l'art. 717 du code japonais, l'art. 2395 du code portugais ou les artt. 1907—1909 du code espagnol, etc., mais il suffit de dire qu'il y a des nuances. Le code civil autrichien a, dans son § 343, une disposition qui rappelle la *cautio damni infecti* du droit romain. Le code suisse (art. 68) parle d'une menace de dommage provenant d'un bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui, et le code civil espagnol (art. 1910) a coulé dans un texte l'action „de effusis et ejectis'', dont les auteurs français, allemands et néerlandais ne parlent que pour mémoire, mais il suffit aussi de mentionner ces points.

Une question qui pourrait nous mener loin — en sens figuré — est celle des automobiles. Indépendamment des règlements de police, que l'on impose de tous les côtés à ce véhicule qui est un encore plus ou moins un objet de luxe, on songe, en Allemagne particulièrement, à aggraver la responsabilité des propriétaires, par une loi spéciale (Automobilhaftpflichtgesetz) (2). Tout bien pesé, il vaut mieux passer outre.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, XIII, no. 2968 sqq.

(2) *Verh. des D. Juristentages*, XXVI (1902), I p. 27 sqq., III p. 163 sqq. Siber, *Zur Haftpflicht für Tiere und für Automobile*, dans la *D. Juristen-Zeitung*, 1905, p. 138. Dr. Olshausen, *Zum Entwurf des Automobilhaftpflichtgesetzes*, ibid. 1906, p. 346. Meili, *Die Kodification des Automobilrechts* (Wien 1907), p. 46 sqq., 112 sqq.

B. Application du droit.

Cette application, dont on peut facilement se figurer d'avance les résultats, donne une grande importance au lieu où se passe le fait dommageable. Cependant cela ne prouve rien en faveur d'un principe général, renvoyant à la loi du lieu où se produit le fait illicite ou dommageable; il en résulte seulement que ce principe donne quelquefois un bon résultat, ce qui est incontestable. Tous les principes généraux, défendus par les maîtres de la science, doivent au moins donner de bons résultats dans quelques cas.

Pour ce qui est des obligations dont nous nous occupons, le lieu du fait et le lieu où le dommage se produit coïncideront régulièrement, et s'il y a de plus un rapport entre la position sociale du débiteur et la vie active locale, la relation sera locale-nationale ou locale-étrangère, et le droit applicable sera indiqué. La situation du bâtiment ou de l'ouvrage donne aisément ce rapport, indépendamment de la nationalité ou du domicile du propriétaire, usufruitier ou possesseur.

Quant aux automobiles, la question est délicate. Naturellement, le propriétaire peut être obligé par son fait et même, éventuellement, par celui de ses gens, mais le sera-t-il *en vertu de sa seule qualité de propriétaire* (usufruitier, locataire, etc.), conformément à la loi du pays où l'accident a eu lieu? Pour répondre affirmativement à cette question, il faudrait pouvoir dire que cette qualité, à elle seule, constitue un rapport entre la position sociale du propriétaire et la vie active du pays, où l'automobile circule. Dans l'état actuel du droit positif, cette idée a peu de chances d'être accueillie universellement, mais une évolution se prépare, et le grand danger, que le

fait d'entretenir une automobile fait courir à la grande masse des citoyens, aura probablement pour effet de faire établir, sinon une responsabilité personnelle du propriétaire, du moins une responsabilité de la portion de son patrimoine représentée par la machine, ce qui permettra de régler, d'une manière efficace, la compétence et l'exécution. Quand cette évolution sera mûre, le droit international pourra songer à résoudre la question, soit par le renvoi à une loi locale, soit par l'uniformité et l'universalité des principes.

CINQUIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS LE FAIT QU'UNE PERSONNE S'EST ENRICHIE AUX DÉPENS D'UNE AUTRE SANS CAUSE LÉGITIME

§ 130. *Considérations générales et division de la matière*

J'éviterai soigneusement d'employer ici l'expression de *quasi-contrat*. Elle a une valeur historique, que je ne méconnais point, et on la trouve dans plusieurs lois, mais elle n'est pas consacrée par le droit commun international et toutes les conclusions que l'on voudrait tirer du nom, que l'on pourrait donner à la relation juridique, sont dangereuses.

D'ailleurs, on peut fort bien trouver, dans les faits dont nous allons nous occuper, la base d'un devoir social d'homme à homme, consacré, comme source d'une obligation, par les législations. Il y a même, en théorie, une certaine symétrie entre l'obligation, qui naît d'un acte illicite, dommageable et imputable, et celle qui provient du fait qu'un homme s'est enrichi *sans cause légitime* aux dépens d'un autre (1). Si, dans le premier cas, l'ordre raisonnable de la vie en société ne permet pas qu'un homme demeure appauvri, dans le second, ce même ordre raisonnable réagit contre l'enrichissement, et il en résulte une obligation, qui, en principe, a pour créancier celui qui est appauvri, pour débiteur celui qui s'est enrichi et pour mesure l'enrichissement plutôt que l'appauvrissement, en tant que ces bases de calcul ne concordent pas.

Il s'agit là, non pas d'un droit philosophique, mais d'une

---

(1) Cosack, B. R., § 169, 1. E. Jung, *Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes* (1902), § 1.

véritable exigence de l'ordre raisonnable de la vie des hommes en société. Mais l'obligation, attachée à un enrichissement sans cause légitime, s'est développée d'une manière bien moins générale que l'obligation qui dérive d'un acte illicite, imputable et dommageable. Il est aisé de s'en convaincre en étudiant les législations, tout particulièrement en opposant l'un à l'autre le droit français et le droit allemand.

Le code civil français ne règle expressément, dans ses artt. 1376—1381, que la répétition de l'indu, dont le législateur, par un procédé dont la paternité remonte à GAIUS (1), a fait un quasi-contrat.

Dans le droit commun allemand, tel qu'il a été en vigueur avant la codification uniforme, on voit se développer, par les efforts admirables des plus illustres pionniers de la science, la série des condictions du droit romain. Le premier projet du code civil allemand (§§ 737—748) en connaissait cinq classes, séparées par des chiffres romains, et dont les sous-titres traduisaient les noms des condictions „*indebiti*", „*causa data, causa non secuta*", „*ob causam finitam*", „*ob turpem causam*" et „*sine causa*", que l'exposé des motifs (2) distinguait soigneusement les unes des autres. Le projet de seconde lecture (3) et le code définitif n'ont pas admis cette classification; dans leur système, la „*condictio indebiti*" n'est plus que l'une des branches d'un arbre puissant et plein de sève, mais assez touffu.

Notre droit néerlandais (artt. 1395—1400 du code civil) correspond au droit français, bien que le terme de quasi-

---

(1) L. 5, § 3 D., de oblig. et act. XLIV, 7.
(2) II, p. 829 sqq.
(3) REATZ, *Die zweite Lesung*, I, 371.

contrat ait été rejeté (1). Le code civil italien, qui a conservé l'expression en question, a aussi reproduit (artt. 1145—1150) l'esprit du code français, tout en donnant la solution de quelques points douteux. Il en est de même du code civil espagnol (artt. 1895—1901). Le code civil portugais (art. 758) a traité de la répétition de ce qui a été payé, par une erreur de droit ou de fait, dans une section consacrée aux personnes qui peuvent faire une prestation, et à qui elle doit être faite (II. I. IX. VI.). En matière d'erreur, ce code renvoie aux artt. 657 sqq., et en matière d'impenses à ce qui a été dit de la possession (artt. 499 sqq.). L'art. 758 admet dans certains cas la revendication.

Le code fédéral suisse (artt. 70—75) et le code civil japonais (artt. 703—708), sont bien plus nettement rédigés dans le sens du droit romain. Quant au droit russe, le code civil ne statue pas expressément sur la matière, mais la jurisprudence admet, en termes généraux, le principe des condictions du droit romain (2); le code des provinces baltiques, analysé par Lehr (3), contient des dispositions basées sur ce dernier droit. Dans le droit anglais, le fait de recevoir par erreur, fausse appréciation des faits, ou encore par un oubli de circonstances particulières, une somme à laquelle on n'a pas droit *in foro conscientiae*, peut être considéré comme emportant une promesse implicite de restitution. Addison (4) en donne un grand nombre d'exemples. Il parle aussi de cas où une somme a été reçue par suite d'une cause qui se trouve après

---

(1) C. Asser, *Het Ned. B. W. vergeleken, enz.*, § 709.

(2) Scherschenewitch, *Kurs grach. prava*, pp. 569 sqq. Il cite l'art. 574, X, 1, appliqué par analogie, et les décisions de la Cour de cassation : 1893, n°. 73, et 1897, n°. 27.

(3) *Eléments de droit civil russe*, II, § 847 sqq.

(4) Op. cit., p. 1038 sqq.

coup ne pas exister (upon a consideration that has failed); je me permets de traduire „consideration" par „cause".

Dans ces circonstances, je crois devoir consacrer un § spécial à la *condictio indebiti*, dont le principe me paraît reconnu, avec certaines nuances, dans le droit commun international, pour traiter dans un § suivant des *autres cas où il y a une obligation fondée sur un enrichissement sans cause légitime*; pour ces derniers cas, l'existence d'un droit commun international est tout au moins douteuse.

---

§ 131. *La répétition de l'indu*

A. **Points saillants du droit comparé.**

a. *le principe.*

Le cas, dont je vais m'occuper, est celui d'une personne qui s'est enrichie *sans cause légitime* aux dépens d'une autre, parce qu'un *bien* est sorti du *patrimoine* de cette dernière, pour entrer, *à titre de paiement*, dans le patrimoine de cette première, alors que ce paiement n'était *pas dû*. Le droit commun international attache à ce fait une obligation. Je crois qu'on peut poser le principe sans entrer dans une discussion des termes „bien", „patrimoine", „paiement", „sans cause légitime". Les trois premiers termes appartiennent à la science universelle du droit, bien que leur définition soit périlleuse, et l'expression „sans cause légitime" est précisée par la négation d'une dette; elle indique que la prestation ne formait pas l'objet d'une obligation.

Mais il faut ajouter que si le principe de la *condictio indebiti* est de droit commun international, l'application du principe, dans les législations, présente des nuances sensibles.

b. *nuances que les législations présentent quant à l'application du principe.*

b a. la qualification négative dans l'expression „indu".

Le code civil français, dans son article 1235, que notre législateur a reproduit (art. 1395 du c. c.) en le transportant, de la section du paiement, au titre consacré aux obligations *qui naissent de la loi*, constate simplement l'existence de l'élément négatif. L'art. 1235, que je viens de citer, parle de ce qui a été payé „sans être dû" et l'art. 1376 du même code reproduit cette expression. Le code civil allemand s'occupe, dans son § 812, d'une prestation (Leistung) sans cause légitime (ohne rechtlichen Grund). Jung (1) fait remarquer, avec raison, que cette dernière formule pose la question plutôt qu'elle ne la résout, parce qu'elle ne dit pas ce que c'est que cette cause et quand elle est illégitime.

En somme, c'est à la science qu'il appartient d'analyser l'élément négatif en question, en distinguant entre ce qui est indu absolument, par suite de l'absence complète d'une obligation, et ce qui est indu relativement, parce que le paiement n'a pas porté sur la dette telle qu'elle était.

Sous ces deux rapports, il y a dans les législations des différences, qui n'atteignent pas le principe, mais qui sont fort importantes pour son application.

Ainsi, l'existence d'un lien de droit dépend de toutes les causes de nullité qu'une législation a pu statuer dans la matière des obligations, particulièrement de la théorie de la cause, que l'on pourrait presque comparer à un maquis. Puis

(1) Op. cit., p. 16.

il y a quelques textes. Ainsi le code civil allemand, dans son § 813, déclare que la répétition est admise dans le cas où celui qui a payé aurait pu opposer, à la demande du créancier, une exception, de nature à exclure définitivement le droit d'exiger. Le code civil français n'a pas cette formule générale, bien que son art. 1967 contienne une disposition spéciale, que l'on pourrait rapprocher du § 813, alin. 1, du code allemand (1). Ce dernier § vise encore le § 222 du même code, en excluant ainsi la répétition de ce qui a été donné en paiement d'une dette prescrite, quand même le débiteur aurait ignoré le fait de la prescription. Dans le droit français et dans le droit néerlandais, il n'y a pas de texte relativement à cette dernière question, qui se rattache à la matière des obligations naturelles, dont je vais parler tout à l'heure. Le code allemand, dans son § 813 déjà cité, n'admet pas la répétition de ce qui a été payé avant l'avénement du terme, en excluant en même temps la demande d'un escompte. Ce dernier point est controversé dans le droit français (2). Le code civil espagnol (art. 1126) s'en occupe, en distinguant entre le cas où le débiteur a connu l'existence du terme et celui où il l'a ignoré. Je ne parle que pour mémoire de l'obligation conditionnelle.

Les divergences dans l'application du principe sont encore plus grandes, lorsque l'existence d'une dette peut être constatée, mais que le paiement a porté sur une chose autre que celle qui était due, ou bien qu'il a été fait à un autre qu'au créancier ou par une personne autre que le véritable

(1) Laurent, *Principes*, XVII, n°. 10 sqq., n°. 19.

(2) Laurent, ibid., n°. 186, Demolombe, op. cit.; XXV, n°. 633. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, IV, § 303 note 10. L'argument de Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, n°. 152, a perdu sa valeur.

débiteur. Je ne parlerai encore que pour mémoire de l'obligation alternative. Mais le cas où une personne autre que le véritable débiteur a payé présente des particularités.

L'art. 1377 du code civil français permet, en principe, la répétition, lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette. Dans le droit allemand il y a un certain doute. Pour ne pas entrer dans une controverse, je dirai que DERNBURG (1), entre autres, ne rejette pas absolument la répétition, bien qu'on puisse dire du créancier: „suum recepit"; l'éminent auteur essaie de concilier les fragments 44 et 65 § 9 du livre XII, titre VI, du Digeste (de cond. indebiti).

Le code civil français, dans l'article que je viens de citer, exclut la répétition lorsque le créancier, après avoir reçu un paiement d'une personne qui par erreur se croyait débitrice, a supprimé son titre. En France, la question de savoir si la même règle s'applique au cas où le créancier a laissé prescrire sa créance, ou bien encore au cas où il a renoncé à des garanties particulières, est au moins une question douteuse (2). Le code civil italien (art. 1146) prévoit le dernier cas; le code espagnol (art. 1899) et le code japonais (art. 707) visent aussi le premier.

Quant au dernier membre de phrase de l'art. 1377 du code civil français, il y a là une extension du principe, sinon l'application d'un principe plus large encore, celui de l'*in rem versio*.

b b. capacité de celui qui est obligé.

Il y a bien quelques nuances, mais elle ne forment pas, à

(1) Op. cit., II², § 375, note 21.

(2) LAURENT, *Principes* XX, n⁰. 362 sqq. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, op. cit., XIII, n⁰. 2836. HUC, op. cit., VIII, n⁰. 396.

mon avis, une différence saillante. LAURENT croit pouvoir tirer, de la qualification de quasi-contrat, la conclusion que la capacité est nécessaire en principe, mais il le fait avec toutes sortes de réserves (1). Dans les pays où la loi parle d'obligations qu'elle attache au fait de l'enrichissement, l'exigence d'une capacité n'est pas à sa place (2).

bc. accomplissement d'une obligation naturelle ou morale.

Une disposition légale, excluant la répétition lorsqu'une obligation naturelle a été acquittée volontairement, est assez générale, mais il y a des controverses, d'abord sur le sens de l'expression „volontairement", et ensuite sur la qualification „naturelle". Le droit romain, quant à ce dernier point, ne peut pas être considéré comme droit commun international, et les textes qui, comme l'art. 1967 du code civil français, se rapportent au jeu et au pari, ne permettent pas une conclusion générale. Le code fédéral suisse (art. 72) parle d'une dette prescrite ou de l'accomplissement d'un *devoir moral,* et le code civil allemand (§ 814) emploie, en outre, l'expression „Anstand", que je traduis par „bienséance". L'application des dispositions de ce genre dépend, de fait sinon en droit, de la conscience du magistrat, qui aura à décider si l'opinion publique admet dans certains cas un devoir moral ou une obligation de bienséance.

bd. nécessité d'une erreur (excusable?)

C'est une belle question, mais elle est trop connue pour que j'insiste. Dans le droit romain, l'erreur excusable formait un élément de la *„condictio indebiti"*, et DERNBURG regrette

(1) *Principes* XX, n°. 308.
(2) COSACK, B. R. § 167, n°. IV.

que cette exigence ait disparu dans le droit allemand (1). On sait que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait se rattache à l'excusabilité. L'erreur est mentionnée, comme élément, dans le code espagnol (artt. 1895 et 1900), le code portugais (art. 758) et le code suisse (art. 72). Le code portugais parle même de l'erreur de droit. Le code civil allemand n'exige plus l'erreur comme élément de la répétition, mais il exclut cette répétition (§ 814) lorsque celui, qui a fait la prestation, a su qu'il ne la devait pas. Dans le droit français, comme dans le nôtre, il y a controverse; des auteurs de mérite maintiennent l'exigence de l'erreur, non-seulement dans le cas de l'art. 1377 du code civil (art. 1397 du code néerlandais) mais d'une manière générale. Je ne cite aucun auteur, pour ne pas faire de jaloux.

Cette question, comme on sait, est importante pour la preuve. Le code civil espagnol (artt. 1900, 1901), qui impose au demandeur la preuve de l'erreur, ajoute qu'il en est dispensé lorsque le défendeur nie le fait du paiement et que le demandeur le prouve (2).

b e. exclusion de la répétition lorsqu'une chose a été délivrée et reçue sur une cause illicite.

Dans le droit français, la matière doit être rattachée à la répétition de l'indu. La cause illicite rend l'obligation nulle et sans effet, et, par suite, le paiement indu. La loi allemande (§ 817) a une portée qui dépasse la répétition de l'indu.

Une tradition séculaire, qui a trouvé un appui dans plusieurs lois, notamment l'art. 75 du code suisse, le § 817 du

---

(1) Op. cit., II², § 375, 3. Conf. WINDSCHEID (KIPP), *Lehrbuch des Pandectenrechts* II, § 426, 3, note 14.

(2) L. 25 pr. D. de prob. e. praes. XXII, 3. WINDSCHEID (KIPP), op. cit., § 426, note 20.

code civil allemand, et l'art. 708 du code japonais, refuse, en principe, la répétition de ce qui a été donné dans les circonstances indiquées. La loi allemande réserve le cas où la prestation a consisté en une reconnaissance de dette. Dans le droit français, qui n'a pas de disposition expresse, l'exclusion de la répétition n'a pas généralement trouvé faveur (1). Dans notre droit, il y a controverse également (2). Quant au droit anglais, ADDISON cite un cas où la répétition de ce qui avait été donné en gage, pour une dette ayant une cause illégale (illegal consideration), a été refusée (3). Cependant, bien qu'il semble admettre que la répétition est exclue lorsque les personnes sont *in pari delicto*, il cite des cas où la répétition d'une somme, payée à un créancier dans le but d'obtenir son vote en faveur d'un concordat de faillite, a été admise (4). Si je saisis bien son raisonnement, celui qui a payé et celui qui a reçu, dans ce cas spécial, ne sont pas *in pari delicto*, parce que ce dernier a abusé de la situation de l'autre. Néanmoins la conclusion qu'il y a alors une promesse implicite de restitution me paraît un peu forcée. J'admire le bon sens de la décision, mais l'équité doit-elle entrer par cette porte dérobée?

c. *substance de l'obligation.*

L'obligation, basée sur l'enrichissement sans cause légitime,

---

(1) Cour de Cass. franç. 25 Janvier 1887; Sirey 1887, I, 224. Cour de Caen, 18 Janvier 1888; Sirey 1890, II, 97, avec une notice de M. ED. MEYNIAL, qui constate le mouvement de la jurisprudence. Conf. Cass. 15 Dec. 1873 (Sirey 1874, I, 241) et Cour de Douai, 24 Oct. 1887 (Sirey 1890, II, 99). LAURENT, *Principes*, XVI, n°. 164.

(2) OPZOOMER, op. cit., ad art. 1395, § 2. Cod. civ. VI, p. 279. CONINCK LIEFSTING, *Algemeene beginselen van de leer der rechtsgeldigheid der verbindtenissen uit overeenkomst* (La Haye, 1890), p. 256/257.

(3) Op. cit., p. 1185. *Taylor* v. *Chester*, L. R. 4 Q. B. 309.

(4) Op. cit., p. 1045. *Lowry* v. *Bourdieu*, 2. Doug. 472.

doit être, en principe, aussi étendue que l'enrichissement et ne doit pas être plus étendue. Ce principe est de droit commun international, mais avec une exception, qui est de droit commun aussi, et qui se rapporte au cas où le paiement a été reçu de mauvaise foi. Dans ce cas, ce n'est plus l'enrichissement de celui qui a reçu le paiement qui sert de mesure à l'obligation, mais l'appauvrissement de celui qui a payé. Cette mesure se rapproche de celle qui a été adoptée pour les actes illicites et les autres cas de dédommagement. On a même pu dire qu'il y a tout au moins un „quasi-délit" dans le fait de recevoir ce qu'on sait n'être pas dû légitimement. C'est aller trop loin, à mon avis, mais il est certain que le paiement peut avoir été fait par suite d'une tromperie, qui peut même tomber sous une loi pénale.

Mais si l'on peut constater ici une certaine unité de conception dans les législations, la manière dont ces législations ont développé les notions d'enrichissement et d'appauvrissement présente des nuances très sensibles, qui mériteraient une longue étude au moyen d'une monographie, mais que je me contente d'esquisser parce qu'une esquisse répond suffisamment au but de mon travail comparatif. Ces nuances s'expliquent par le fait que les législateurs ont été quelquefois entraînés par l'analogie qui existe entre la position de celui qui a reçu indûment et celle du possesseur de bonne ou de mauvaise foi, attaqué en revendication. Le code civil portugais (art. 758) abonde dans ce sens. D'autres lois ont quelques dispositions spéciales. Ces dispositions se rapportent à la vente ou la donation faite par celui qui a reçu le paiement (code civil français, art. 1380, code civil allemand, § 822); aux fruits et intérêts (code français, art. 1378; code civil espagnol, art. 1896); à la perte de la chose (code espagnol, art. 1896; code alle-

mand, § 292); aux impenses (code néerlandais, art. 1400; code suisse, art. 74), etc.. Le code allemand, tout particulièrement, est entré dans de grands détails (1); il s'occupe, entre autres, de la „mala fides superveniens" (§ 819).

d. *observations particulières.*

da. les cas où la répétition d'une prestation est demandée sur la base d'une obligation conventionnelle.

Il se peut que celui qui a fait une prestation ait le droit de la répéter dans certaines conditions, *en vertu d'une clause expresse ou tacite d'une convention.* Dans ce cas on ne se trouve plus sur le domaine de l'enrichissement illégitime, mais sur celui des obligations conventionnelles. La distinction est subtile, mais il est nécessaire d'y consacrer tout au moins une observation. L'application du droit peut dépendre du caractère d'une relation juridique. D'un autre côté, une observation suffit, parce que le caractère d'une relation juridique est plutôt déterminé ici par l'analyse technique des faits, que par des textes formels. Forcément, la conscience du magistrat exercera une grande influence sur cette analyse et, par suite, sur le droit applicable.

La portée de la question est beaucoup plus grande que celle de la „condictio indebiti", parce que la question peut se rapporter à des prestations, qui n'ont pas été faites à titre de paiement, mais, comme il y a des législations dans lesquelles cette condiction forme, sinon le seul, du moins le principal exemple d'une répétition sur la base d'un enrichissement

---

(1) Dernburg, op cit., II², § 381. Cosack, B. R. § 168.

illégitime, il est bon de placer ici l'observation que je veux faire sur cette question.

Lorsqu'une convention contient la clause *expresse* qu'une prestation à faire pourra être répétée, si tel ou tel événement se produit, il doit être évident pour tout le monde que ce droit de répétition dérive du contrat et non du seul fait de l'enrichissement. Par suite, la mesure de l'obligation de celui qui doit restituer, sera celle qui a été donnée à la prestation dans la convention, et non la mesure de l'enrichissement.

Logiquement, il doit en être de même lorsque la réserve d'une restitution à faire, dans certaines circonstances, est *tacite*, pourvu que les deux parties aient compris ou dû comprendre qu'il en était ainsi. Cependant, on ne trouve pas toujours dans les systèmes législatifs cette déduction rigoureuse, et il est parfois difficile de dire s'il y a une répétition conventionnelle ou une répétition basée sur l'enrichissement. Il peut même y avoir un concours de ces deux actions. Ainsi dans une loi romaine, que Dernburg cite, la *condictio indebiti* est admise lorsque le paiement de ce qui n'était pas dû, a été fait sous une réserve, acceptée par l'autre partie (1). Ulpien, après avoir posé le principe, a eu soin d'ajouter : „*negotium enim contractum est inter eos*". Dans le même esprit classique, Addison a inséré la matière de la répétition dans son traité des contrats, comme cela a été dit ; il suppose qu'il y a une clause implicite de restitution. Dans l'excellent traité de Baudry-Lacantinerie et Barde (2), les auteurs s'occupent

---

(1) L. 2 pr. h. t. Dernburg, op. cit., II², § 376, II. Conf. ibid. II¹, § 113, IV.

(2) Op. cit., XIII, n⁰. 2839.

du cas classique où une dot a été payée avant la conclusion du mariage en considération duquel elle avait été promise, et supposent que le mariage vienne à manquer. Ils admettent la répétition, qu'ils qualifient même de „*condictio causa data causa non secuta*" mais ils la motivent en disant que *dans la pensée des parties*, le paiement a été fait sous la condition *si nuptiae sequantur*. Pour le droit allemand, il suffit de mentionner la théorie de la réserve implicite (Voraussetzung) de WINDSCHEID (1), qui avait triomphé dans le premier projet du code civil allemand (§ 742), mais qui a été rejetée par le code définitif, bien qu'il en ait gardé des traces dans ses §§ 812 et 815 (2).

Je pourrais encore rattacher à mon observation la matière des contrats synallagmatiques (réciproques), et examiner les conséquences qui se produisent lorsque l'une des parties ne satisfait pas à son engagement (art. 1184 du code civil français; §§ 326, 327 j[is] §§ 346 sqq. du code civil allemand). Il y a là, historiquement et pratiquement, un certain frôlement entre l'obligation conventionnelle et celle qui naît de l'enrichissement sans cause. Mais je m'arrête. Je crois que mon observation a rempli son but et je renonce à escalader les hautes cimes de la théorie. Avec des guides tels que WINDSCHEID et DERNBURG, je n'aurais pas à craindre de m'égarer en route ou de tomber dans une crevasse, mais mon désir de ne pas aller trop loin dans la comparaison des systèmes législatifs me retient dans la vallée.

---

(1) Op. cit., II, §§ 423, 426, 427.
(2) JUNG, op. cit., §§ 14 et 15. DERNBURG, op. cit., II² § 377.

db. les cas où la répétition d'une chose est basée sur un droit de propriété.

De l'autre côté de la vallée, où je me confine modestement, se dressent des cimes aussi majestueuses que celles dont je viens de parler.

La répétition basée sur un droit d'obligation peut se trouver en concours avec un droit de revendication. On sait que l'on discute depuis des siècles une question, qui se présentait déjà dans le droit romain; c'est celle de savoir si la transmission de la propriété, par tradition ou par un mode qui produit le même effet que la tradition, exige, outre la volonté de transmettre et d'acquérir, un titre, qu'on désigne aussi sous le nom de „justa causa traditionis".

C'est surtout pour les immeubles que la question est importante et ce serait faire injure au lecteur que d'essayer de lui expliquer cette importance. Dans le droit allemand, la ligne de démarcation entre la revendication et la condiction est fort nette, et le § 816 du code civil tient rigoureusement compte de cette ligne (1). Dans le droit français et dans le nôtre, au contraire, on peut tout au moins poser la question de savoir si celui qui a transmis un bien sans cause légitime, n'a pas, indépendamment de tout enrichissement, la revendication (2). La circonstance que dans notre droit la propriété ne se transmet pas par l'effet des conventions, forme une nuance de la matière.

Mais, cette fois encore, une simple observation suffit pour mettre les choses au point et pour faire comprendre que le droit, qui régit une revendication éventuelle, peut être un droit tout autre que celui qui régit l'obligation basée sur l'enrichissement.

---

(1) Dernburg, op. cit., II_2, § 378.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., XIII, nº. 2846. Diephuis, op. cit., XI, p. 67. Opzoomer, op. cit., ad art. 1395, VI, p. 224 sqq.

B. Application du droit.

I. *quant au principe de la répétition.*

Les dissentiments des auteurs permettent d'apercevoir aisément les défectuosités de la méthode, qui consiste à demander quelle loi régit les quasi-contrats en général et la répétition de l'indu en particulier, mais, comme toujours, ces dissentiments montrent que les auteurs, qui ont une individualité comme penseurs, n'ont jamais admis un principe entièrement contraire au bon sens. Le défaut de la méthode, que je combats, me paraît éclater au grand jour, quand on se demande quelle loi pourrait bien régir ici le principe de la répétition et particulièrement la qualification négative de l'indu. VON BAR (1) établit clairement que le lieu du paiement est indifférent et les arguments qu'il oppose à LAURENT (2), qui voudrait faire dominer la loi personnelle des parties, si elles ont la même nationalité, sur la loi du lieu „où le quasi-contrat se formé" me paraissent décisifs. Si ZITELMANN (3) veut faire régir l'obligation du débiteur par sa loi nationale, cela tient au système qu'il suit et que j'ai eu l'occasion de combattre plusieurs fois.

Pour arriver à un bon résultat ici, il faut, comme toujours, analyser au lieu de trancher, et la première chose qui frappe dans cette analyse c'est la nécessité de distinguer entre le principe de la répétition, avec ses nuances, d'un côté, et la substance de l'obligation de celui qui a reçu le paiement, de l'autre côté.

---

(1) Op. cit., II, n⁰. 288.

(2) *Droit civil intern.*, VIII, n⁰. 2. *Avant-projet*, titre prélim, art. 17. Conf. BROCHER, op. cit., II, n⁰. 181. ROLIN, op. cit., III, n⁰. 1062.

(3) Op. cit., II, p. 525 sqq.

L'indu absolu n'est pas du tout soumis à une loi, déterminable d'avance, et la loi qui régit l'indu relatif ne peut être établie que par raisonnement, en partant de l'hypothèse d'une action, qui aurait pour objet le paiement d'une prétendue dette, et en déterminant la loi qui, dans les circonstances données, régirait cette dette. Si cette loi enlève à la dette son existence juridique, il y aura paiement indu. Le droit international des obligations intervient ici, tout entier, par hypothèse.

Une fois qu'il est établi qu'un paiement a été fait, sans être imposé par la loi qui aurait régi une demande en justice, il y a lieu à répétition, en principe, d'après le droit commun international. Mais, si le droit commun international pose le principe, nous avons vu que les législations présentent, quant à l'application du principe, des nuances très sensibles, qui peuvent avoir pour effet d'exclure ou de modifier l'application de ce principe. Pour déterminer si, dans un cas donné, l'effet de telle ou telle nuance se produira, il faut qu'on puisse dire que, dans ce cas, l'application du principe de droit commun doit avoir lieu de la manière statuée par une loi, et dans ce but, il faut chercher à localiser la relation juridique qui existe entre les personnes. Si cette localisation n'est pas possible, l'application du principe de droit commun international devra être abandonnée à la conscience du magistrat.

II. *quant aux diverses nuances dans l'application du principe.*

Toutes ces nuances peuvent fort bien être réunies sous une rubrique. Pour qu'il y ait lieu d'appliquer un texte particulier, il faut que la relation entre les personnes se rattache, soit par tous ses éléments décisifs, soit par un élément prépondérant, à un cercle local de la vie active. Le droit interna-

tional des obligations intervient encore une fois tout entier, mais ici, ce n'est pas pour déterminer si le paiement était indu, c'est pour indiquer si le principe de la répétition doit être appliqué avec des nuances.

C'est le droit local applicable qui déterminera si le débiteur doit être *capable*, quand même ce droit ne régirait pas sa capacité. Il déterminera si celui qui a payé, avant l'avénement du terme, a du moins le droit de répéter un *escompte*. Si la relation juridique n'est pas localisable, le juge interprétera librement le principe de droit commun international, qui prescrit la répétition. Lorsqu'il n'y a aucun motif d'appliquer ce principe avec une nuance, le juge l'appliquera sans nuance.

Le cas où une dette a été payée, au créancier, *par un autre que le débiteur*, exige une analyse spéciale, par suite des controverses qu'il soulève et des divergences que les textes présentent. Si celui qui a payé l'a fait *en connaissance de cause*, il n'y aura pas de difficulté bien caractérisée. C'est alors une affaire entre celui qui a bien voulu payer et le véritable débiteur, et si les choses sont embrouillées par suite d'un paiement fait sous réserve ou par nécessité, c'est au juge à les débrouiller. Il s'agit là plutôt d'une libre interprétation du droit commun, que d'une recherche à faire quant à la loi applicable. Mais si le paiement a été fait *par erreur*, la question est plus délicate, particulièrement dans le cas où le créancier a *détruit son titre*, *laissé prescrire* ou *renoncé irrévocablement à des sûretés*. Je crois qu'il faut dire que si le créancier a le centre de sa fortune dans un pays, dont la loi lui donne une protection particulière par un texte formel, il y a tout lieu de le considérer universellement comme protégé contre une répétition, dans la mesure indiquée par ce texte.

Il n'y a pas alors un enrichissement qui mérite la qualification d'illégitime, et l'ordre raisonnable de la vie en société ne peut pas être considéré comme troublé. Si le créancier n'est pas protégé par un texte, le principe de la répétition reprend son empire, mais le juge l'appliquera raisonnablement, en examinant si le créancier, dans les circonstances données, s'enrichirait véritablement aux dépens de celui qui a commis l'erreur. Lorsque cela ne sera pas le cas, le juge fera retomber les conséquences de l'erreur sur celui qui l'aura commise.

Pour ce qui est de l'obligation *naturelle*, l'application du droit sera relativement aisée, lorsque le juge, après avoir reconnu qu'une loi locale est applicable à la dette que le paiement effectué a eu pour but d'éteindre, trouvera que cette même loi, dans les circonstances de la cause, exclut la répétition. Il y a alors un lien juridique, plus faible qu'une obligation civile, mais qui n'en existe pas moins. La difficulté sera plus grande lorsqu'il faudra interpréter l'expression „obligation naturelle", qui se trouvera dans la loi applicable, et elle deviendra plus forte encore lorsque cette loi parlera d'une obligation *morale* ou *de bienséance*. Cependant, si la relation entre les personnes est locale, le juge aura tout lieu de s'attacher aux mœurs et usages du pays, où la relation se localise. Si la relation juridique n'est pas soumise à une loi, la répétition sera admise en principe, et le juge interprétera librement le principe de droit commun international. Cependant, si un texte de la loi de son pays exclut la répétition de ce qui a été payé en vertu d'un devoir moral, et si le juge croit devoir donner à ce texte le sens d'un ordre formel du législateur de son pays, applicable dans tous les cas où une action en répétition est intentée devant un tribunal local, le juge obéira. Sa liberté sera alors limitée, mais il faudra toujours qu'il

consulte sa conscience juridique pour décider si, dans les circonstances de la cause, considérées au point de vue de la société universelle, le devoir moral existe.

La question est la même, en somme, lorsqu'il s'agit de déterminer si la répétition dépend de l'existence d'une *erreur, excusable ou non,* ou si, du moins, la répétition est exclue dans le cas où le paiement a été fait *en connaissance de cause, sans nécessité* et *sans réserve.* Si la relation entre les personnes peut se localiser, le droit local sera décisif. Si, au contraire, elle échappe à une localisation, le juge appliquera, selon sa conscience, le principe de droit commun international.

A mon avis, la question est la même encore, lorsqu'il s'agit d'exclure la répétition *parce que les parties sont „in pari delicto*". Ce qui rend la question plus délicate ici, c'est l'apparition de considérations empruntées à l'ordre public local du pays où le juge siége, considérations qui, comme on sait, exercent souvent sur le juge une influence telle, qu'il refuse absolument de tenir compte d'une loi étrangère. Mais l'influence de ces considérations me paraît exagérée, dès qu'il s'agit d'une relation locale-étrangère. Le droit acquis par le fait du paiement, dans une sphère étrangère de la vie active, doit être respecté tant que l'ordre public de la société universelle n'est pas en jeu. Si la relation juridique entre les parties est locale-nationale ou locale-étrangère, c'est le droit local qui déterminera si la répétition est admise ou exclue dans notre cas (1). Si la relation est internationale, et surtout si elle n'est pas soumise à une loi, le juge admettra la répétition, conformément au droit commun international, naturellement à moins que le légis-

(1) Conf. en sens contraire: Cour d'appel d'Athènes, 1903 n°. 662, rapporté dans le Journal de *Clunet*, 1907, p. 503 sqq. L'auteur du bulletin de jurisprudence grecque, M. le Prof. Politis, n'approuve pas la décision.

lateur de son pays ne lui donne l'ordre formel ou implicite d'agir autrement.

III. *quant à la substance de l'obligation.*

Il s'agit maintenant, non plus de dire si celui qui a reçu indûment un paiement est obligé, mais dans quelles limites et à quoi il est obligé.

Comme toujours, le juge aura à déterminer d'abord la portée des lois de son pays, et il les appliquera s'il se trouve que la relation juridique est locale-nationale, c'est-à-dire qu'elle appartient à la vie active locale de son pays par tous ses éléments décisifs. Cette situation existera certainement si les deux personnes ont le centre de leur fortune dans le pays, et s'il se trouve qu'un bien a passé, par suite d'un paiement fait dans le pays, du patrimoine de l'une dans celui de l'autre, sans qu'il y ait eu une obligation de payer. La loi qui peut régir cette obligation importe peu ici, elle a rempli son rôle en déterminant s'il y a eu un paiement indu. La nationalité des personnes me paraît aussi sans influence; elle ne crée pas un trouble de l'ordre local de la vie active et elle ne le fait pas disparaître, s'il existe. Mais la réunion de tous les éléments que j'ai indiqués, ne me paraît pas même nécessaire. Il suffira que les deux personnes aient le centre de leur fortune dans le pays, pour que l'ordre raisonnable de la vie active locale soit troublé par le paiement indu; le lieu du paiement ne me paraît pas décisif. J'en conclus que le juge appliquera, à la substance de l'obligation du débiteur, le droit de son pays, dès que les deux personnes auront le centre de leur fortune — leur établissement professionnel principal, si elles exercent une profession, et, si cela n'est pas, leur domicile —

dans le pays où le juge siége. Cette loi déterminera, entre autres, l'effet de la mauvaise foi.

S'il est bien établi que le paiement mérite la qualification de paiement indu, d'après le droit régissant cette qualité, et si les personnes ont le centre de leur fortune dans un même pays étranger, c'est la loi de ce pays qui régira la substance de l'obligation de restitution.

Enfin, si les deux personnes ont le centre de leur fortune dans des pays différents, la question se simplifie aussi lorsque l'on distingue entre l'existence de l'obligation de restitution et sa substance. L'existence de l'obligation dépend de la question de savoir si dans les circonstances de la cause, le paiement mérite la qualification de paiement indu. Ce point établi, il ne s'agit plus que de savoir dans quelles limites celui qui a reçu indûment sera tenu. Or, étant donné que l'obligation de restituer existe, la relation juridique pénètre par un élément prépondérant dans un cercle local de la vie active, et cet élément prépondérant est le centre patrimonial de celui qui a reçu indûment. C'est par son enrichissement que l'on peut mesurer le trouble qui se produit dans l'ordre raisonnable de la vie sociale, et les mesures que la loi locale a édictées, pour faire disparaître ce trouble, correspondent au but de l'obligation de restitution. Je ne fais pas même une exception pour le cas où le paiement a été accepté de mauvaise foi, parce que je ne considère pas le fait en question comme un délit ou quasi-délit de nature à entraîner l'application de la loi du lieu où le fait s'est passé. Si celui qui a accepté le paiement est coupable de manœuvres frauduleuses, qui forment un acte illicite imputable ou même une infraction pénale, j'aime mieux admettre l'existence *d'une seconde obligation*, fondée sur l'acte illicite, et soumise

au droit qui régit cet acte. Il me semble que l'on doit admettre ce résultat, si l'on songe que les manœuvres frauduleuses peuvent avoir eu lieu dans un pays autre que celui du paiement.

IV. *quant aux cas qui ont donné lieu à des observations particulières.*

La nature de ces observations indique ici les réserves à faire quant au droit applicable.

Lorsque l'obligation de restitution est basée sur une convention, expresse ou tacite, c'est *le droit qui régit cette convention* qui déterminera la substance de l'obligation, et lorsqu'il s'agit de savoir si celui qui a transmis un bien, sans cause légitime, a *le droit de revendication,* c'est le droit international des biens qui déterminera si le prétendu propriétaire a réellement conservé son action absolue.

---

§ 132. *Les autres cas où il y a une obligation, fondée sur un enrichissement illégitime*

A. **Quelques points saillants du droit comparé.**

Y a-t-il des différences profondes entre les législations?

Un certain doute règne sur ce point, et ce doute suffit pour qu'on ne puisse pas conclure à l'existence d'un droit commun international.

J'ai déjà eu l'occasion de dire que plusieurs législations ont posé, au début de notre matière, une règle générale. Le code civil allemand ne s'est pas contenté de formuler d'une manière fort large, dans son § 812, un principe supérieur, il lui a donné des développements dans les §§ suivants. De plus, un

assez grand nombre de §§, disséminés dans le code, parlent d'un enrichissement comme source ou mesure d'une obligation. JUNG (1) les a énumérés, et il examine avec soin, pour chacun d'eux, s'il s'agit d'une simple application du principe ou d'autre chose. Pour le but de mon travail, il n'est pas nécessaire que j'entre dans les détails; il me suffit de constater que, dans le droit allemand, les cas où il y a une obligation fondée sur un enrichissement illégitime sont nombreux et que le magistrat possède un pouvoir d'appréciation très étendu.

Mais que faut-il dire des législations qui, comme le code civil néerlandais et le code français n'ont réglé expressément que la condictio indebiti? La célèbre maxime de POMPONIUS: *„Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem"* (2) peut-elle être employée, non-seulement pour expliquer des textes, mais pour faire admettre des obligations dans des cas qui ne sont pas expressément prévus?

On l'a soutenu, tant dans notre pays qu'en France. Le code civil français contient un très grand nombre de dispositions, dans lesquelles le législateur réagit contre un enrichissement qui n'est pas justifié. Je citerai les artt. 548, 555, divers articles dans la section II du livre II, titre II, qui commence par une disposition où la loi parle de l'équité naturelle, puis les artt. 861, 1241, 1312, 1673, 1864, 1926, 1934, etc. La plupart de ces articles correspondent à des dispositions de notre code. On peut même rapprocher de notre matière la restitution de la prime d'assurance, restitution qu'on appelle le plus souvent la „ristourne", mais

---

(1) Op. cit., § 18.

(2) L. 206 D. de regulis juris; L. 17. Conf. L. 14 D. de cond. indeb. XII, 6.

il faut alors tenir compte des considérations historiques et pratiques, particulières à l'assurance (1).

Il est certain que les articles en question peuvent donner lieu à une action, mais peut-on s'en servir pour établir un principe général, ou du moins l'action générale *de in rem verso*, que LABBÉ appelle : „cette ressource suprême de l'équité''? Si cela était, les législations se trouveraient singulièrement rapprochées les unes des autres. Malgré mon désir d'arriver à ce résultat et malgré mon respect pour les autorités qui se sont prononcées en ce sens (2), j'ai peine à l'admettre. Mais il n'y a pas avantage à discuter ; pour le but de mon travail, il me suffit de constater qu'il y a controverse.

Dans tous les cas, quand même on donnerait au droit néerlandais et au droit français l'interprétation la plus large, on ne peut aboutir qu'à un principe, pour ainsi dire non façonné, alors que le droit allemand a réglé, avec beaucoup de soin, les dévéloppements du principe qu'il pose. Sous ce rapport, il y aurait toujours intérêt à examiner quel droit local peut être applicable à la substance de l'obligation, quand même on voudrait dire que le principe de la *condictio sine causa* ou de celui de l'*in rem versio* sont admis par le droit commun international.

B. **Application du droit.**

I. *quant à l'existence d'une obligation de restitution.*

L'absence d'un droit commun international donne à la

(1) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, p. 376, note 127.

(2) Cour de cassation française, le 15 Juin 1892, *Sirey* 1893, I, 281, avec une note de J.-E. LABBÉ, où d'autres autorités sont citées. Pour ce qui est de mon pays, je nommerai : CONINCK LIEFSTING, op cit., passim et particulièrement p. 244 sqq., et C. J. PEKELHARING, *Terugvordering van vermogensvermeerdering zonder oorzaak naar Ned. recht* (Utrecht, 1897), p. 90 sqq.

question, qui va nous occuper, un caractère autre que celui de la question examinée dans le § précédent. Ici, il n'est pas permis de conclure à l'existence d'une obligation, sur la seule base d'un enrichissement sans cause légitime. Pour pouvoir dire qu'une obligation existe, il faut que le droit positif consacre une exigence de l'ordre raisonnable de la vie, et comme les législations diffèrent sur le principe même, il se peut que la question reçoive une solution différente selon le pays où elle se pose.

Cependant les difficultés peuvent être réduites à leur plus simple expression, au moyen d'une analyse.

Ainsi on peut écarter, comme nous l'avons fait dans le § précédent, les cas où une répétition est fondée sur une convention expresse ou tacite, et ceux où celui qui est dessaisi d'un bien peut le revendiquer. La règle applicable est alors indiquée par les principes du droit international des conventions ou du droit international des biens. On me permettra de dire que c'est à la conscience juridique du magistrat qu'il appartient de décider quelle est la nature du droit que l'on invoque devant lui.

Cette première difficulté étant écartée, il s'en présente une autre, qui dérive de la multiplicité et de la diversité des cas, où il y a un enrichissement sans cause légitime. Si dans la matière de la répétition de l'indu, on peut établir, par hypothèse tout au moins, une relation juridique entre la personne enrichie et la personne appauvrie, ici, il n'y a pas toujours moyen de trouver autre chose que le fait même de l'enrichissement. Il n'est pas même nécessaire qu'il y ait eu une prestation de la part de celui qui a été appauvri, il se peut que l'enrichissement soit la conséquence d'un événement.

Pour aboutir à un résultat, il faut partir de l'idée que

l'obligation, dont nous nous occupons, a pour source un état de fait, qui trouble l'ordre raisonnable de la vie en société. Ce trouble résulte de la combinaison de deux éléments, l'enrichissement d'une personne comme conséquence de l'appauvrissement d'une autre, et d'une qualification négative attachée à la combinaison de ces éléments, l'absence de cause légitime. Cette dernière qualification, précisément parce qu'elle est une qualification, n'est pas localisable par elle-même, mais les deux éléments, auxquels elle est attachée, le sont. On peut donc dire que lorsque la personne enrichie et la personne appauvrie ont toutes deux le centre de leur fortune dans un même pays, le droit local de ce pays déterminera si la situation de fait, produite par la transmission d'un bien, forme un trouble de l'ordre raisonnable de la vie en société, suffisant pour que le droit positif réagisse. C'est alors le droit local qui déterminera s'il y a absence de cause légitime. Ce droit local-national ou local-étranger sera appliqué tant par le juge du pays même que par un juge étranger, si ce dernier se trouve avoir juridiction et compétence.

Si les deux personnes ont le centre de leur fortune dans des pays différents, la reconnaissance de l'existence d'une obligation dépendra du pays où la question se posera, et cette reconnaissance sera influencée par les textes de la loi de ce pays. Si le juge croit — à tort, selon mon opinion — devoir considérer la règle équitable de l'*in rem versio* comme une règle de droit commun international, il admettra l'existence d'une obligation dès qu'il résultera des faits que l'enrichissement est sans cause légitime. Il faudra bien alors qu'il puise dans sa conscience les données négatives de l'absence de cause, chose difficile, mais non pas irréalisable. Le juge se trouvera sur un terrain plus solide si les lois des deux pays,

où les personnes, impliquées dans le procès, ont le centre de leur fortune, admettent toutes deux que les circonstances, qui ont produit l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant, forment un trouble de l'ordre raisonnable de la vie sociale, et si ces lois réagissent toutes deux contre ce trouble par une obligation en restitution. Cette concordance des lois permettra au juge de dire que l'ordre raisonnable de la vie sociale est intéressé à ce que la créance en restitution et la dette, qui y correspond, soient reconnues. Enfin, si la personne enrichie a le centre de sa fortune dans le pays où le juge siége et si, comme cela est normal, ce juge a juridiction sur cette personne, il déterminera, par une saine interprétation du droit de son pays, s'il y a lieu d'admettre l'existence d'une obligation. Si cette interprétation donne un résultat négatif, il n'y aura pas d'obligation. La nationalité du débiteur ne me paraît pas suffisante, et je ne voudrais pas dire non plus que l'existence d'une obligation dépende universellement de la loi du pays où la personne enrichie a son domicile, au moment de l'enrichissement. On ne pourrait arriver à cette dernière conclusion qu'en supposant que l'obligation, dérivant d'un enrichissement sans cause légitime, est fondée sur un principe général du droit commun international.

Il résulte de ce qui précède que souvent, lorsque les personnes auront le centre de leur fortune dans des pays différents, il n'y aura pas d'obligation, malgré l'enrichissement. C'est un résultat peu satisfaisant, que je constate ici, comme je l'ai constaté plusieurs fois dans d'autres matières. Une entente internationale peut créer, ici, un droit commun positif, mais l'importance pratique des questions, que je viens de soulever, n'est pasassez grande pour qu'il y ait lieu de faire de cette entente un des premiers numéros d'un programme de codification universelle.

II. *quant à la substance de cette obligation.*

L'existence d'une obligation étant constatée, il est assez aisé de déterminer sa substance. Lorsque cette existence est admise par suite de l'application d'un droit national ou étranger, ce même droit déterminera dans quelle mesure le débiteur sera tenu de restituer ce qu'il a reçu. Le résultat que donnera l'application d'une loi explicite, comme la loi allemande, différera assez notablement de celui qu'on obtiendra en appliquant une loi qui ne fait que poser le principe, comme la loi française, interprétée dans le sens le plus large.

Si l'existence d'une obligation est admise par suite de la concordance de deux lois sur le principe, et si ces deux lois diffèrent quant à la substance de l'obligation, le lieu où la personne enrichie a le centre de sa fortune, au moment de l'enrichissement, formera l'élément prépondérant, qui fera pénétrer la relation juridique dans un cercle local de la vie active, et qui entraînera l'application de la loi de ce lieu. C'est la solution que j'ai adoptée pour la substance de l'obligation résultant d'un paiement indu, après avoir reconnu l'existence de cette obligation. Je n'ai plus besoin de parler du cas où l'enrichissement est la conséquence d'un acte illicite.

SIXIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS UNE GESTION SPONTANÉE DES AFFAIRES D'AUTRUI

§ 133. *Considérations générales et subdivision de la matière*

En traitant des obligations, qui ont leur source dans un enrichissement sans cause légitime, nous avons vu qu'on ne peut pas élever au rang d'un principe général, consacré par le droit commun international, la règle que *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui*. Dans la matière qui va nous occuper, il faut se garder également de dire, en général, que *toute gestion spontanée des affaires d'autrui engendre des obligations réciproques*, et de faire de cette règle un principe du droit commun international. Le fondement de la règle en question peut seulement servir à expliquer les dispositions positives des lois, et si, sous certains rapports, il y a un droit commun international, ce droit dérive de l'uniformité de certaines parties des lois, qui, dans des cas précis, ont consacré des devoirs sociaux d'homme à homme. On ne peut pas parler d'un principe abstrait, universellement admis.

Les cas précis, dans lesquels les législations ont consacré ces devoirs sociaux, par suite d'une gestion spontanée des affaires d'autrui, sont la gestion d'affaires proprement dite et le sauvetage, particulièrement le sauvetage maritime.

La gestion d'affaires proprement dite est un type classique. Le droit romain forme encore la trame commune des lois qui ont réglé la matière. Pour déterminer les devoirs sociaux qui

sont la source des obligations du gérant et du maître, l'antique raison écrite du monde civilisé nous fournit des données. Gaius (1) reconnaît que la gestion d'affaires a un but social, la sauvegarde des intérêts d'une personne absente. Le droit romain n'impose pas à tout homme le devoir de veiller aux intérêts d'autrui, il déclare le fait licite et y attache des obligations réciproques, „utilitatis causa" comme le dit Gaius, ce que je me permets de traduire par „dans le but de maintenir l'ordre raisonnable de la vie en société". Le gérant doit agir en bon père de famille, et le maître doit indemniser le gérant, si la gestion a été bien entamée et loyalement conduite, quand bien même elle n'aurait pas enrichi le maître (2). Par ce dernier trait la *negotiorum gestio* romaine dépasse nettement la portée de l'enrichissement sans cause légitime. Le gérant doit être indemnisé, mais il n'a pas droit à un salaire. Cela est conforme à l'acception romaine du mandat, qui est essentiellement gratuit (3). Sous ce rapport, la loi romaine reste en deçà de l'enrichissement; le maître économise le salaire d'un factotum. La loi revient à l'idée de l'enrichissement lorsque la gestion n'a pas été régulièrement entamée; elle donne alors au gérant une action en indemnité, en tant que le maître est enrichi (4).

Les législations, en matière de gestion d'affaires proprement dite, ont généralement suivi, de près ou de loin, la tradition romaine. Elles n'ont pas imposé aux citoyens le devoir de veiller aux intérêts d'autrui, dès qu'ils peuvent le faire sans inconvénient pour eux-mêmes. Ce devoir a paru aux auteurs des lois

---

(1) L. 5 pr. D. de oblig. et act. XLIV, 7.
(2) L. 10 § 1, D. de neg. gestis III, 5.
(3) L. 1 § 4, D. mand. XVII, 1; L. 2 D. de neg. gestis III, 5.
(4) L. 6 § 3. D. de neg. gestis.

plutôt un devoir moral qu'une obligation susceptible d'être consacrée par le droit positif, et d'un autre côté ils ont voulu éviter une immixtion inconsidérée. Ils ont permis l'intervention, en la favorisant par une indemnité indépendante du succès ou de l'enrichissement d'autrui, mais ils n'ont pas voulu aller jusqu'à la récompense, même en cas de succès complet.

C'est seulement dans le cas particulier du sauvetage, où le devoir d'intervenir dans les affaires d'autrui apparaît plus clairement et avec une auréole de dévouement héroïque, que le principe d'une récompense s'est développé. Parfois même l'absence d'intervention peut être punie. Elle se rapproche alors d'un acte illicite par abstention.

Il y a lieu de traiter à part la gestion d'affaires proprement dite et l'assistance, qui ont des caractères communs, mais qu'on ne peut pas considérer comme formant l'application d'un seul et même principe supérieur, consacré par le droit commun international. Par suite de la maturité de la question de l'assistance maritime, je me contenterai d'observations.

---

§ 134. *La gestion d'affaires proprement dite*

A. **Insignifiance relative de la matière pour la vie active.**

Dans la vie active, la gestion d'affaires n'a pas une très grande importance (1). Elle peut être rapprochée, sous ce rapport, du prêt à usage. Si les jurisconsultes ont creusé la matière avec ardeur, ce n'est pas parce que la gestion d'affaires se présente tous les jours, mais parce qu'elle peut servir, comme le

(1) Van Goudoever, *Bijdragen tot de leer der zaakwaarneming* (Leiden, 1905). Inleiding p. XX sqq.

mandat, à expliquer toutes sortes de relations juridiques, avec plus ou moins de succès. Je citerai comme exemples les droits du destinataire dans le contrat de transport et ceux du bénéficiaire dans l'assurance sur la vie.

Pour la vie active internationale, l'importance de la gestion d'affaires est encore moins grande que pour la vie active locale. Entre personnes, qui vivent loin les unes des autres, les services rendus sans contrat sont assez rares. Les questions internationales, que notre relation juridique peut soulever, par suite des nuances que les lois présentent, sont plutôt du domaine de la théorie. Je serai très bref dans la comparaison, tout en constatant que j'aurais pu m'étendre. Je me contenterai de traiter des relations entre le gérant et le maître, sans reprendre la question de la représentation par un gérant spontané, qui appartient plutôt à la partie générale des systèmes juridiques qu'au droit des obligations en particulier, et dont j'ai parlé en passant (§ 39) (1). Même pour ce qui est des rapports dont je m'occuperai, je ne ferai que la comparaison des différences les plus saillantes.

B. **Quelques points de comparaison, particulièrement saillants.**

a. *le caractère quasi-contractuel.*

Parmi les relations juridiques, auxquelles le droit romain a cru devoir donner le nom de quasi-contrats, la gestion d'affaires est au premier rang, comme quasi-mandat. Il y a quelque chose de vrai dans cette comparaison. Dans un ouvrage didactique on peut descendre graduellement du mandat exprès à la gestion d'affaires, en passant par le mandat

(1) Conf. Code suisse, artt. 46 sqq. Code civil allemand § 177 sqq.

tacite et la ratification d'une gestion faite sans mandat. Mais il y a une différence fondamentale. Dans le mandat, considéré comme un contrat, il y a une confiance inspirée, alors que les devoirs sociaux de la gestion d'affaires ont une tout autre nature. C'est pour cela que je n'ai pas parlé de quasi-contrat.

Il y a cependant des législations qui en parlent, comme on sait. Cela n'est pas important, si l'on est d'avis que la loi n'a eu pour but, en faisant sa classification, que d'instruire les étudiants. Mais, quand le législateur fait une classification, on peut être tenté de donner à ses paroles une signification plus large. C'est ainsi qu'en France on a soutenu (1) que le quasi-contrat est „quasi un contrat", et par suite que la gestion d'affaires, le quasi-mandat, est „quasi un mandat", ce qui permet de lui appliquer „quasiment" la plupart des dispositions sur les contrats en général et sur le mandat en particulier. La question a toutes sortes de ramifications, tant pour ce qui est de la capacité que pour les cas particuliers où il s'agit de savoir si plusieurs maîtres sont obligés solidairement (art. 2002 du code civil français), si le gérant a droit aux intérêts de ses avances (art. 2001, même code), s'il a un droit de rétention (art. 1849 du code civil néerlandais), etc.. Je ne mentionne les questions controversées que pour mémoire.

b. *influence de la mentalité du maître et du gérant.*

Faute de pouvoir analyser des cas d'application importants et fréquents, les jurisconsultes et les législateurs ont fait de la psychologie, en étudiant les nuances de la mentalité du maître et du gérant.

---

(1) DEMOLOMBE, op. cit., XXXI, 53. LAURENT, *Principes*, XX, n°. 312. Conf. DIEPHUIS, op. cit., XI, 8.

Le maître peut connaître le fait de la gestion ou l'ignorer. Il peut l'avoir défendue expressément ou implicitement. On peut se demander ce qu'il aurait fait probablement, s'il avait été là.

Le gérant peut avoir su qu'il gérait l'affaire d'autrui ; il peut l'avoir ignoré. S'il l'a su, il se peut qu'il ait voulu obliger le maître; il se peut qu'il ait voulu lui rendre un service d'amitié ou faire un acte de charité; il est possible même qu'il ait su ou dû savoir que le maître lui défendait d'intervenir ou le lui aurait défendu, ou encore qu'il se soit immiscé dans son propre intérêt. S'il a ignoré qu'il gérait l'affaire d'autrui, il se peut qu'il ait cru que l'affaire lui était personnelle, ou qu'elle était communeentre lui-même et le maître. Le gérant peut aussi s'être trompé dans la personne du maître, et avoir géré l'affaire de Sempronius, en croyant s'occuper de celle de Titius. Tant de complications entrent-elles dans l'âme d'un gérant ?

On retrouve cependant la plupart de ces complications dans les lois.

Le code civil français (art. 1372), dont les termes ont été reproduits à peu près littéralement par le nôtre (art. 1380) suppose qu'une personne gère volontairement l'affaire d'autrui, *soit que le propriétaire* (maître, intéressé) *connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore.* Le code civil italien (art. 1141) et le code suisse (art. 469) présentent des différences assez sensibles, et la manière dont la relation juridique a été réglée dans les codes portugais (art. 1723 sqq.) et espagnol (art. 1888 sqq.) peut aussi soulever toutes sortes de questions, lorsque le maître connaît la gestion ou qu'il la défend, lorsque celui qui gère croit gérer ses propres affaires, ou se trouve, après coup, avoir administré dans l'intérêt commun. Le code civil allemand prévoit, dans son § 687, le cas d'un

gérant qui administre l'affaire d'autrui en croyant par erreur gérer la sienne propre. Dans ce cas, la loi exclut l'application des §§ relatifs à la gestion d'affaires. Elle ajoute que si le gérant administre une affaire d'autrui comme si elle était sienne, tout en sachant qu'elle n'était pas sienne, le maître peut invoquer contre lui les §§ que la loi désigne, et que, dans ce cas, le maître est obligé en tant qu'il a été enrichi (§ 687 j°. 684) (1). La loi allemande décide encore un grand nombre de points, plus ou moins controversables dans les autres lois qui ne les ont pas réglés, ce qui suffit pour donner un certain intérêt à la question de savoir si une gestion, entreprise dans la vie active internationale, est soumise à une loi et quelle est cette loi.

c. *gestion par un incapable.*

Notre loi et la loi française gardent le silence, ce qui prête à controverse. LAURENT par exemple (2), ne peut pas admettre qu'il y ait une obligation, en dehors de tout acte illicite ou de tout enrichissement (art. 1990, code civil français), à la charge de celui qui n'a pas la capacité de contracter. Il invoque aussi l'appellation de quasi-contrat. Chez nous, DIEPHUIS, entres autres, ne veut pas faire dépendre de la capacité les obligations, que la loi attache à certains faits (3). Le code suisse a une disposition expresse (art. 471) limitant extrêmement l'obligation du gérant incapable. Le code allemand (§ 682) exclut entièrement cette obligation, à moins qu'il n'y ait un acte illicite ou un enrichissement sans cause légitime.

---

(1) DERNBURG, op. cit., II² § 303.
(2) *Principes*, XX n°. 312. DEMOLOMBE, op. cit.; XXXI n°. 91.
(3) Op. cit.; XI p. 25.

d. *obligations et droits du gérant et du maître.*

Je me permets de les réunir sous une rubrique, pour ne pas être tenté d'aller trop loin dans la comparaison. Les lois se ressemblent et si les différences qu'elles présentent dans les détails sont assez importantes, il n'est pas nécessaire d'insister pour faire comprendre cette importance. La trame commune des législations est encore le droit romain avec son *actio negotiorum gestorum directa* et son *actio n. g. contraria*. Mais les lois, comme les jurisconsultes, ont creusé la matière plus ou moins profondément. Pour les suivre dans tous leurs méandres, il faudrait développer la question historiquement et parler de l'influence du droit romain ancien et moderne sur le droit allemand, de celle de Pothier sur le droit français, et même de celle des „Siete Partidas" sur le droit espagnol.

L'influence de l'idée que notre relation juridique est un quasi-mandat, ou quasi un mandat, se fait sentir ici, surtout lorsqu'il s'agit des obligations du gérant, ce qui fait que les différences, que les lois présentent quant au mandat, exercent indirectement leur influence sur notre matière. Le code civil français (art. 1372), le code néerlandais (art. 1390) et le code italien (art. 1141) renvoient subsidiairement aux règles du mandat. Le code allemand en parle aussi (§ 681, visant les §§ 666—668). Le code civil japonais, dans son art. 701, renvoie aux artt. 645—647, et même à l'art. 650 alin. 2, mais non à l'art. 650 alin. 3, qui se rapporte aux pertes subies par le mandataire sans sa faute. Le code suisse (art. 474) ne parle du mandat que lorsque les actes du gérant ont été ratifiés par le maître.

Le gérant doit, en général, continuer la gestion qu'il a

commencée (code civil français, artt. 1372, 1373; code japonais, art. 700); il doit donner avis au maître (code allemand § 681); il doit lui rendre des comptes (code portugais, art. 1732); il doit gérer l'affaire en bon père de famille (code espagnol, art. 1889), conformément aux intérêts et aux intentions probables du maître (code suisse, art. 469). Avec les lambeaux que j'emprunte à toutes ces lois, on peut confectionner un vêtement que le gérant est obligé de mettre, conformément au droit commun international. Quant à sa responsabilité, il y a des nuances un peu plus sensibles. Naturellement, le gérant répond, en principe, de son dol et de sa faute. Il se peut néanmoins que sa responsabilité soit appréciée avec moins de rigueur, selon les circonstances (code civil italien, entre autres; art. 1143), ou quand il a agi pour prévenir un dommage dont le maître était menacé (code suisse, art. 470); le code allemand dit même que si le danger a été imminent, le gérant ne répond que du dol et de la faute lourde (§ 680). D'un autre côté, il se peut qu'il réponde des cas fortuits (code suisse, art. 470). Si la gestion a été entreprise contre la volonté réelle ou probable du maître et si le gérant a dû connaître cette circonstance, la loi allemande lui impose l'obligation de réparer le dommage causé au maître, quand même il ne serait coupable d'aucune autre faute (§ 678). D'après le code civil espagnol, la responsabilité de deux ou plusieurs gérants est solidaire (art. 1890).

Le maître, de son côté, peut se trouver obligé envers le gérant. Le code français (art. 1371) parle même d'engagements *réciproques des deux parties.*

Pour que le maître soit obligé, il faut, selon la tradition, qu'on puisse dire: „utiliter gestum est". Mais les lois ont rendu cette expression d'une manière quelque peu différente.

Le code français veut que l'affaire ait été „bien administrée" (art. 1375); le code suisse dit: „lorsque l'intérêt du maître commandait que la gestion fût entreprise" (art. 472), etc., etc.. La plus légère nuance dans les termes peut devenir importante lorsque l'affaire n'a pas réussi ou qu'elle a donné plus de pertes que de bénéfices, et que cependant le gérant intente une action qui, classiquement, a pour but de lui faire obtenir „quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est". Cette dernière idée a été rendue par les lois au moyen d'expressions, qui présentent également des nuances assez grandes. Le code civil français énumère, dans son article 1375, les obligations du maître, qui correspondent aux droits du gérant. Le code suisse (art. 472 j°. 74) accorde au gérant le droit d'enlever les embellissements qu'il a pu faire. Dans le code espagnol (art. 1893) il est question même des pertes que le gérant a pu subir.

Notre code civil dit expressément (art. 1394) que le gérant n'a pas droit à un salaire. Le code allemand, dans son § 683, indique simplement que le gérant peut demander, comme un mandataire, la restitution de ce qu'il a dépensé; Dernburg (1) est assez disposé à permettre au gérant de porter en compte un salaire pour les services qu'il est d'usage de rendre contre un salaire.

Les circonstances et la mentalité du gérant peuvent exercer une influence sur ses droits. D'après la loi allemande (§ 685), le gérant n'a aucun droit s'il n'a pas eu l'intention de réclamer une indemnité; dans le deuxième alinéa du §, la loi parle d'aliments; le code espagnol (art. 1894) vise aussi les frais funéraires. Il se peut enfin que celui qui s'est immiscé dans

(1) Op. cit., II², § 302. Conf. Cosack, B. R., § 155, III, 5.

les affaires d'un autre n'ait de droits que dans la mesure de l'enrichissement du maître. En Allemagne, entre autres, la loi parle de ce cas (§ 684, § 687 in fine); en France, une action „de in rem verso", basée sur la tradition, et que certains auteurs n'admettent même que dans le seul cas d'une gestion plus ou moins irrégulière, vient combler les lacunes de la loi.

C. **Application du droit.**

Si l'on peut voir dans la trame du droit romain, sur laquelle les législations ont brodé, un droit commun international, la différence des broderies donne une certaine importance pratique à la question de l'application du droit. Il y a dans la science, d'un côté une tendance à faire régir la gestion d'affaires par la loi du pays où la gestion a eu lieu (1), et, d'un autre côté, une tendance à la soumettre au droit national du débiteur, ou des débiteurs en tant que les personnes intéressées sont obligées toutes deux (2). Dans ces deux tendances, on peut voir clairement une opposition entre le système qui veut soumettre les hommes au droit du pays où ils exercent leur activité, et celui qui veut les considérer universellement comme liés par la loi du pays dont ils ont la nationalité, ou, plus ou moins subsidiairement, par celle du pays où ils sont domiciliés. Je ne crois pas qu'on puisse dire que le droit des gens ait décidé la matière. Ce qui est décisif, c'est l'exigence de l'ordre raisonnable de la vie active universelle, mais cette exigence ne peut pas être concentrée dans une formule quasi-magique, il faut la chercher au moyen d'une étude du droit

(1) Savigny, op. cit., VIII § 370, 371. Brocher, op. cit., II n°. 182. Asser, *Schets*, p. 64. Meili, op. cit., § 127. *Traité de Montevideo*, art. 38.
(2) Laurent, D. C. I. VIII n°. 3 sqq. (Avant-projet, art. 17). Weiss, op. cit., IV p. 386 sqq. Conf. von Bar, op. cit., II n°. 288. Zitelmann, op. cit., II, p. 527 sqq.

comparé, qui permet de déterminer le but social d'une relation juridique. C'est ce que je vais tâcher de faire.

Quand le juge considérera-t-il une gestion d'affaires comme locale-nationale? Comme on sait, il le fera lorsque tous les éléments, décisifs pour le but social d'une relation juridique, seront attachés à son pays. Or, ici, ce cas se présente si les deux personnes, disons: les deux parties, sont domiciliées dans le pays et si la gestion y a été entreprise. Le même ordre social local embrasse alors les deux parties; l'intervention que la loi locale déclare licite et qu'elle considère comme une source d'obligations, produira une obligation. La nationalité me semble aussi indifférente que l'autonomie des parties.

Si les mêmes circonstances rattachent la gestion à l'ordre social local d'un pays étranger, la loi de ce pays sera appliquée, et les droits qu'elle consacre seront des droits acquis.

Lorsque les personnes sont domiciliées dans des pays différents, ou lorsque la gestion a eu lieu dans un pays autre que celui du domicile commun des personnes, la relation se présente sous la face internationale. Je rejette la conception qui voudrait faire de la nationalité commune des parties, dans ce cas, un élément prépondérant. Le lieu de la gestion ne l'est pas nécessairement non plus et c'est un raisonnement doublement mécanique de dire que le quasi-contrat étant quasi un contrat, ce sont les principes généraux du droit international des obligations contractuelles qu'il faut appliquer, par exemple la „lex loci contractus" ou „la lex loci executionis". Il me semble qu'en raisonnant ainsi on bâtit sur du sable mouvant. Cependant les circonstances peuvent être telles que le juge devra considérer la gestion comme pénétrant, par un élément prépondérant, dans la vie active locale d'un

pays. Cela sera le cas si le gérant a veillé, dans le pays de son domicile ou bien dans le pays où il exerce une profession, aux intérêts d'une personne non domiciliée dans ce pays, alors que ces intérêts rentrent dans la vie active locale. Je suppose que la personne en question est appelée à une succession ouverte dans le pays, qu'elle y possède des biens, particulièrement des immeubles, ou qu'elle est intéressée dans une faillite. Dans ces cas, les exigences juridiques de la société universelle renvoient à la loi locale. Si l'on ne se trouve pas dans un cas de ce genre, il ne reste que le droit commun international, qui, dans les circonstances que le juge appréciera, pourra donner lieu à une obligation fondée sur ce droit commun, et dont le juge déterminera la substance en consultant sa conscience juridique. Je ne crains pas ici de faire appel à l'équité naturelle, parce que cette équité est la trame commune de toutes les lois. Si réellement notre relation juridique se présentait fréquemment sous la face internationale, ce résultat serait peu satisfaisant, et il faudrait conclure à la nécessité d'une codification internationale, mais comme j'ai eu l'occasion de le dire plusieurs fois, par exemple pour le prêt à usage (§ 13, B. b.), l'intérêt pratique de cette codification serait minime ici. Je ne voudrais pas la proposer.

---

§ 135. *Observations sur le sauvetage maritime*

La question est fort intéressante. Mais elle a été traitée à fond. Elle est parvenue à la phase de la codification internationale.

Quant aux principes, la question a des rapports avec les abordages en mer. Un intérêt social universel est engagé.

La comparaison des lois a été faite avec soin, particulièrement dans les travaux préparatoires des congrès d'Anvers (1885) et de Bruxelles (1888), ainsi que dans les publications du Comité maritime international. Une espèce d'enquête universelle a même été faite pour chercher les meilleures solutions législatives (1).

La jurisprudence mérite d'être étudiée (2). Lorsque le sauvetage ou l'assistance, que certaines lois distinguent du sauvetage, a eu lieu dans les eaux territoriales d'un Etat, l'application des lois de cet Etat a trouvé des défenseurs. Pour le sauvetage opéré en pleine mer, la loi du pavillon commun des navires et, en cas de différence, celle du pavillon de l'assistant ont été appliquées. On a considéré les éléments en question comme prépondérants, ce qui fait qu'on n'a pas eu besoin d'invoquer le droit commun international.

Des tentatives sérieuses ont été faites dans le but d'arriver à la certitude de la règle applicable par le renvoi à des lois. Les congrès d'Anvers et de Bruxelles ont formulé des règles dans le sens indiqué plus haut. Le code de commerce portugais (art. 690) les a consacrées.

Mais on a reconnu que la certitude du droit applicable, sans être une chose négligeable, ne répondait pas suffisamment aux exigences de la vie active universelle, et que le droit commun international, qui existe dans cette matière, mais qui n'est pas assez développé, devait être remplacé par une codification uniforme, consacrée universellement par le droit positif. Au moment où j'écris, les tentatives faites par le Gouvernement belge, en ce sens, sont en voie d'aboutir.

---

(1) *Comité maritime international*, Bulletin n°. 9 (compte-rendu de la conférence de Paris 1900), p. 148 sqq.

(2) Weiss, op. cit., IV, p. 388, note 2.

SEPTIÈME PARTIE

OBLIGATIONS QUI ONT LEUR SOURCE DANS LA QUALITÉ DE MEMBRE D'UNE COMMUNAUTÉ SPÉCIALE

§ 136. *Considérations générales et division de la matière*

A. Considérations générales.

Je suis arrivé au dernier étage du système de classification que j'ai adopté. Cet étage comprend les obligations qui ont leur source dans la qualité de membre d'une communauté spéciale. Ces obligations sont basées sur l'existence d'une société en miniature, formant un groupe plus ou moins large dans la grande société locale ou internationale. La qualité de membre de cette société en miniature entraîne des devoirs sociaux, dont l'accomplissement est exigé par l'ordre raisonnable de la vie des hommes en société, et que le droit positif considère comme des sources d'obligations. Le créancier dans ces cas est celui qui peut invoquer le devoir, le débiteur est celui à qui le devoir incombe, la substance de l'obligation est indiquée par son but social, le maintien de l'ordre raisonnable de la vie active.

Après avoir classé à part ces dernières obligations, j'ai cru pouvoir me dispenser de constituer une catégorie de réserve, les „variarum causarum figurae" du droit romain, ou les „sonstige Obligationen" de ZITELMANN. J'ai pu le faire d'autant mieux que je n'ai pas suivi la classification romaine, qui oppose les contrats aux délits, parle ensuite de quasi-contrats et de quasi-délits, et a encore besoin, à la fin, d'un récipient destiné à contenir le reste. Je suis parti de l'idée que dans toute obligation il y a un devoir social d'homme à homme, et que

le droit international privé ne peut arriver à formuler un système raisonnable du droit des obligations qu'après avoir reconnu ce devoir.

Je ne dirai pas que la subdivision en six classes, que j'ai adoptée, soit la seule possible. On pourrait en imaginer d'autres. En faisant une classe des obligations qui ont leur source dans un appel à la foi publique, j'ai pris parti dans une controverse. Mais ce que je maintiens, c'est la nécessité de subdiviser les obligations d'après la nature du devoir social d'homme à homme, qui en est la source. C'est pour cela que je n'ai pas voulu parler de quasi-contrats et de quasi-délits. Ces expressions, surtout la dernière qui désigne des choses différentes selon que l'on suit l'ancienne tradition romaine ou la tradition française, conduisent à une application mécanique des règles, assez mécaniques elles-mêmes parfois, que l'on a posées pour les contrats et les délits. C'est aussi pour cela que je n'ai pas fait une catégorie des obligations dérivant de la loi seule; pour moi, si la loi se trouve dans la source de toutes les obligations, elle n'est jamais leur source unique.

On aura pu remarquer que cette manière de voir conduit à des divergences profondes entre la plupart de mes conclusions et celles de ZITELMANN par exemple, celui des auteurs modernes que j'admire le plus. ZITELMANN croit lire dans le droit des gens une règle qui ne permet qu'au „*statut personnel*", — la loi nationale ou, à la dernière rigueur, la loi domiciliaire d'une personne — de lui imposer des obligations, particulièrement des obligations légales. Quant à moi, ce que ZITELMANN appelle le droit des gens, je le remplace par la communauté juridique du genre humain, et je n'y lis pas la règle qu'il y a puisée. Je pense que l'homme est libre de choisir

le cercle local de vie active, où il accomplira ses devoirs sociaux, et je le soumets, dans la vie active internationale, au droit du cercle local ou international de vie active où son initiative s'exerce, puis, subsidiairement, au droit de la communauté locale où son activité pénètre, et, dans ce dernier cas, dans la mesure de cette pénétration. Mais je n'en admire pas moins profondément les pages dans lesquelles ZITELMANN exerce sa critique judicieuse sur son propre système, en arrivant, par des détours, à des conclusions souvent pleines de bon sens (1). ZITELMANN n'est pas mon homme, mais c'est un homme, ce qu'il dit est marqué du sceau de son génie. Quant à la communauté juridique du genre humain, je me propose de l'étudier dans un ouvrage qui paraîtra un jour, je l'espère; je ne dis pas que cela sera prochainement.

Ma dernière classe d'obligations est large, trop large, à mon avis, pour que je prenne pour but de mes investigations tout ce qu'elle contient. Cela m'obligerait à sortir de mon cadre pour m'engager dans des parties de la science du droit qui demandent des monographies. Je vais commencer par élaguer certaines matières en disant brièvement pourquoi je le fais, puis je prendrai quelques autres matières qui me paraissent devoir être traitées.

B. Communautés spéciales que j'exclus du cercle de mes investigations.

a. *rapports du droit de famille.*

Le droit de famille présente un grand nombre d'obligations. On les trouve dans le mariage et même dans la filiation

---

(1) Particulièrement, op. cit.; II, p. 544 sqq.

naturelle, dans les rapports entre personnes qui appartiennent à la même famille par naissance ou par alliance, et même dans la tutelle et dans les institutions juridiques du même ordre, qui exercent leurs effets même sur l'individu sans aucun parent, l'enfant trouvé même, pour qui la cité, la nation, l'humanité au besoin, tiennent lieu de famille. Naturellement, je n'ai pas fait de la tutelle un quasi-contrat, ce qui ne préjuge d'ailleurs aucunement le droit qui lui est applicable.

Le droit de famille est un champ tout aussi vaste que le droit des obligations. Si j'y entrais, je me trouverais entraîné à parler de la lutte entre la nationalité et le domicile, qui s'y est engagée et qui présente un acharnement bien plus grand que sur le terrain des obligations. J'aurais aussi à montrer comment ma patrie, dans les célèbres conférences de La Haye, présidées avec tant de talent par mon illustre compatriote Asser, a su acquérir un titre de gloire impérissable en guidant l'humanité dans la voie du progrès. Mais il est aisé de concevoir que les obligations du droit de famille sont dominées par le régime international de la famille plutôt que par le droit des obligations, et que je fais bien de ne pas m'en occuper dans le travail actuel.

b. *rapports du droit des successions.*

Il y a, ici encore, une mine féconde d'obligations et même un quasi-contrat classique (1). Mais ces obligations sont dominées par le régime international — je ne dis pas, comme

---

(1) § 6 Inst. de oblig. quasi ex contractu, IV—XXVIII.

Zitelmann (1), le *statut* — des successions, et il y a même raison de m'abstenir que pour le droit de famille.

c. *rapports de copropriété ou de communauté.*

On trouve bien ici le type d'une communauté spéciale, montrant un enchevêtrement d'intérêts et de devoirs réciproques d'homme à homme, et l'on a pu y voir une quasi-société, de même que l'on a vu un quasi-mandat dans la gestion d'affaires.

Dans une monographie, les rapports en question mériteraient un examen approfondi, bien que la comparaison des législations ne puisse pas fournir un grand nombre d'éléments, parce que ces législations se divisent en législations qui ont réglé la matière et en législations qui l'ont abandonnée à l'appréciation du juge, ce qui ne forme pas une opposition bien nette dans notre système d'investigation. La loi allemande forme le meilleur exemple d'une législation qui a réglé la matière. Indépendamment des dispositions qui se rapportent à des formes particulières de communauté, telles qu'on les trouve dans le régime matrimonial et dans le droit des successions (2), le code civil allemand a consacré un titre (Livre II, titre 15) à la communauté de fait. Le droit français, par contre, présente l'opposition dont j'ai parlé, et il en résulte plutôt des controverses qu'un système juridique nettement opposé au droit allemand (3).

La matière des rapports de copropriété et de communauté présente encore un grand nombre de facettes. Il est assez naturel de distinguer entre la copropriété des immeubles et

---

(1) Op. cit., II, p. 586 sqq.

(2) Dernburg. op. cit., II^2, § 368.

(3) Laurent, *Principes*, XXVI, n°s. 432 sqq.

celle des meubles. On peut examiner en particulier la communauté des droits immatériels, celle d'un brevet d'invention par exemple (1). Une créance peut être commune (2). La communauté d'un navire de mer peut aussi présenter des particularités. Même on peut rattacher à notre matière la communauté d'une mine ou un fidéicommis de famille (3).

Cet examen de la matière, bien qu'il soit tout à fait superficiel, suffit pour justifier mon abstention. Les obligations, qui peuvent être attachées aux différentes espèces de communauté, sont dominées par le régime des biens.

d. *rapports de voisinage.*

Les rapports entre propriétaires voisins présentent aussi des obligations, fondées sur un enchevêtrement d'intérêts. Pour moi, la nationalité des propriétaires est absolument indifférente (4). Dans le cas, assez peu probable, où les propriétés se trouveraient des deux côtés d'une frontière, je serais disposé à donner de l'influence au droit commun des Etats limitrophes. Mais dans tous les cas, la matière est dominée par le régime des biens.

e. *rapports entre les créanciers dans une faillite.*

C'est encore là vraiment un bel exemple d'un enchevêtrement d'intérêts, créé par la vie active et dont la loi s'occupe dans le but de maintenir l'ordre raisonnable de la vie des hommes en société. L'influence plus ou moins grande de la majorité des

---

(1) Kohler, *Handbuch des D. Patentrechts*, § 194.
(2) Cosack, B. R. § 281. Reatz, *Das B. G. B.* ad titul.
(3) Dernburg, op. cit., II² § 373, III § 126 sqq., § 142 sqq.
(4) Zitelmann, op. cit., II, pp. 252, 253.

créanciers sur l'administration et la liquidation des biens, et surtout le concordat, qui lie les dissidents et les absents, se rattachent à cet enchevêtrement. Mais il est tellement aisé de concevoir pourquoi je renonce à pénétrer ici dans le „labyrinthus creditorum concurrentium", comme le dit SALGADO, que je m'abstiens même d'une justification de mon abstention.

f. *actio ad exhibendum* (*ad edendum*).

J'aime mieux désigner ces actions par leurs noms latins que de paraphraser longuement ces noms. Il s'agit d'un rapport entre deux personnes dont les intérêts sont enchevêtrés, de telle sorte que l'une a besoin du concours de l'autre pour pouvoir examiner un objet ou un document, et, en même temps, il faut que l'ordre raisonnable de la vie en société exige que ce concours soit prêté, et que le droit positif ait fait une obligation de cette exigence.

Le code civil allemand a consacré un titre du livre II, (titre 23) à l'obligation de permettre l'inspection d'une chose ou d'un document (1). Dans le premier projet (§ 777), l'obligation de prêter un serment justificatif particulier avait été placée dans ce titre; le code définitif a réglé cette dernière obligation dans la partie générale des obligations (§ 259). Il y a, de plus, dans le code, des dispositions particulières, par exemple le § 716, en matière de société, et le § 2262, en matière de testaments. D'autres lois, le code civil français, le code néerlandais et le code suisse, par exemple, n'ont pas cru devoir régler la matière au moyen de dispositions générales.

---

(1) Motifs, II, p. 889 sqq. DERNBURG, op. cit., II[1], § 42. COSACK, B. R., § 169.

Il y a bien ici une opposition, mais ce n'est pas une opposition formelle de textes. En fait, dans le droit allemand comme dans notre droit, l'obligation de permettre l'inspection d'un objet, d'un document, de livres commerciaux (code civil néerlandais, artt. 1127, 1128, 1922, 1923, code de commerce néerlandais, artt. 11—13, 35, 56), de même que celle de rendre des comptes, ne sont pas normalement des obligations ayant une existence indépendante, elles sont presque toujours l'annexe d'un autre droit réel ou personnel. De plus, elles se rattachent à la procédure et à l'exécution forcée. Que deviendraient, dans la pratique, les textes du code civil allemand, sans les § 888 et suivants du code de procédure civile allemand, qui déterminent les moyens de contrainte? Dans ces circonstances, il vaut mieux m'abstenir, alors surtout que je devrais prendre, dans mon imagination, des exemples pratiques de cas autres que ceux où la relation juridique se présente sous la face purement locale-nationale.

C. **Communautés spéciales que je me propose d'examiner.**

J'en retiens deux, qui me permettent de mettre des textes en opposition et qui se présentent fréquemment dans la vie active internationale. La première est celle qui se forme à bord d'un navire. Les intéressés dans ce cas se trouvent véritablement au sein d'une société en miniature. La seconde est la communauté d'intérêts entre les propriétaires de titres émis par une même corporation ou société.

---

§ 137. *Les personnes dont les intérêts sont enchevêtrés à bord d'un navire*

A. Considérations générales.

Les personnes qui se trouvent à bord d'un navire, et même celles qui ont à bord des marchandises destinées à être transportées, forment ensemble une communauté sociale en miniature. Cette communauté a son droit public et son droit privé. Les marins et les passagers sont soumis à une autorité, chargée de maintenir l'ordre du bord. J'ai déjà parlé du droit d'expropriation des vivres, qui peut être exercé en cas de nécessité (artt. 374, 530 du code de commerce néerlandais, art. 249 du code de commerce français). On naît et on meurt à bord, on y fait son testament. Si la loi le voulait, on s'y marierait au besoin. En somme, les devoirs sociaux de la grande communauté juridique nationale se manifestent à bord, au sein de la communauté bornée par la proue et par la poupe, par la quille et la pomme des mâts du navire.

Il n'est pas nécessaire de nous arrêter au droit public du bord, dans l'ouvrage actuel. Quant au droit privé du bord, les relations qu'il comprend sont en grande partie basées sur des contrats : un contrat de service avec représentation, quant au capitaine ; des contrats de travail, quant à l'équipage ; des contrats de passage ou d'affrétement, quant aux passagers et aux chargeurs. Nous en avons parlé. Mais si les passagers et les chargeurs sont généralement unis par un contrat à l'entrepreneur du transport, il n'y a pas de relation contractuelle entre un passager et un autre passager, entre un chargeur et un autre chargeur. Cependant il y a, entre tous ceux dont les intérêts sont enchevêtrés à bord, une relation juridique particulière, qui peut produire des obligations. Cette

relation juridique, on peut l'appeler, avec WAGNER (1) une *communio incidens*, en faire un quasi-contrat, comme LYON-CAEN et RENAULT (2) le donnent à entendre, ou encore une „communauté des périls" comme le dit DERNBURG (3) en ce qui concerne les chargeurs, mais dans tous les cas il y a quelque chose qui ressemble à une communauté, et cette communauté produit son effet naturel, elle subordonne les intérêts particuliers à l'intérêt général. Je crois qu'en m'en occupant ici, je la mets à sa place dans un système de classification, basé sur la diversité des devoirs sociaux d'homme à homme, que le droit des obligations présente.

Pour ce qui est des personnes, la communauté du bord n'a pas reçu un grand développement dans les lois. L'intérêt qu'elle présente est plus faible même aujourd'hui qu'il ne l'était au bon vieux temps, lorsque les armateurs se trouvaient à bord comme les marchands, ou du moins lorsque ces derniers y étaient représentés par un fondé de pouvoir (Code de commerce néerlandais, art. 367; code français, art. 410). C'est à peine si le sauvetage des vies humaines donne droit, dans quelques législations, à une récompense; généralement la responsabilité de ce chef n'incombe pas aux personnes sauvées (4).

Pour ce qui est des chargeurs, la communauté spéciale qui se présente, en sens large, en tant qu'elle s'étend au navire et au fret, et en sens étroit, en tant qu'elle ne comprend que les chargeurs, a donné lieu à un assez grand nombre de dispo-

---

(1) Op. cit., II^2, § 402.

(2) Op. cit., V, n°. 799.

(3) Op. cit., § 32. GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, p. 81.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, op. cit., VI, nos. 1063 et 1073. PAPPENHEIM, *Rettung von Menschenleben in Seenoth*, dans la Zeitschrift f. d. G. H. XLII (XXVII) p. 427 sqq. Code de comm. allemand, § 748. Code de comm. portugais, art. 687 § 2. Merchant Shipping Act, 1894, sect. 544 sqq.

sitions, un peu éparses dans les lois. Je n'aurai pas besoin d'en faire un système, ce qui sortirait du plan de mon ouvrage actuel, mais je me permettrai, comme d'habitude, de relever quelques points saillants. Je m'occuperai d'abord de la communauté du chargement en général et puis de l'avarie commune. Cette dernière matière est la plus importante, mais en même temps c'est celle qui a été étudiée avec le plus de soin, ce qui me dispensera d'insister longuement.

B. **Points saillants de comparaison.**

a. *la communauté du chargement en général.*

Dans l'ancien temps, lorsque les chargeurs étaient à bord, des décisions pouvaient quelquefois être prises, dans leur intérêt commun, à la majorité des voix. Le droit moderne a conservé des traces, assez faibles, d'un pareil état de choses. Wagner (1) mentionne une ancienne ordonnance de Lübeck où il est question d'un vote, à la majorité des $^3/_4$, sur le dégagement, au moyen d'un chenal artificiel, d'un navire arrêté par les glaces. Notre code de commerce, art. 473, parle de la majorité des chargeurs, dans une question relative au chargement à la cueillette. D'après les artt. 114 et 135 de la loi maritime danoise, le chargeur qui a affrété plus de la moitié du navire ou qui doit recevoir plus de la moitié de la cargaison, ou les chargeurs qui représentent ensemble le même intérêt majeur, peuvent désigner le lieu de chargement et de déchargement. Les articles correspondants de la loi suédoise et de la loi norvégienne sont divergents.

La communauté du chargement peut entraîner, pour un chargeur, une obligation d'indemniser les autres chargeurs du

(1) Op. cit., § 32.

dommage qu'il leur a causé par un acte illicite, et, ce qui est remarquable, le caractère illicite de cet acte ne sera pas seulement apprécié d'après les devoirs généraux de l'état de société, mais aussi d'après les devoirs spéciaux de la communauté du bord. Dans notre code de commerce, les artt. 474 et 477 sont rédigés dans cet esprit, et les dispositions des §§ 563 et 564 du code de commerce allemand, ainsi que l'art. 115 des lois scandinaves, entre autres, peuvent être interprétés dans le même sens. On peut aussi rattacher aux devoirs particuliers, qu'entraîne la communauté du chargement, les obligations qui peuvent se produire entre les chargeurs, lorsque l'un d'eux, dont les marchandises se trouvent chargées au-dessus de celles des autres, a empêché ces derniers de faire en temps utile le déchargement, en leur imposant ainsi l'obligation de payer certaines sommes (surestaries, contre-surestaries, demurrage, etc.) au navire. Cette question et les autres questions, qui peuvent se produire dans des cas analogues, sont fortement controverseés (1).

Dans le code de commerce français, le dernier alinéa de l'art. 298 (loi du 14 Juin 1841) repose sur une communauté du chargement. La loi belge de 1879, art. 93, a reproduit cette disposition, et le § 732 du code de commerce allemand présente le même esprit.

En matière d'abordage, notre code de commerce (artt. 538 et 540) a établi pour certains cas, entre le navire et la cargaison, une communauté de responsabilité, dont l'origine est fort ancienne (2). Le code de comm. allemand, dans son § 635, a encore un cas spécial de communauté entre le

---

(1) Wagner, op cit.; § 32. Molengraaff, dans le *Rechtsgeleerd Magazijn*, I (1882), p. 78 sqq., et dans son *Manuel* (Leiddraad), p. 284, 285. Maclachlan, op. cit., (4e ed.), p. 557 sqq.

(2) Goldschmidt, op. cit.; p. 345 (n⁰. 7), notes 47—49.

navire, la cargaison et le fret. Enfin, spécialement dans le droit allemand, il peut y avoir une communauté d'intérêts entre les chargeurs, lorsque la cargaison a été engagée globalement par un prêt à la grosse, ou lorsqu'elle a fait l'objet d'un sauvetage, mais je crois pouvoir me dispenser de reprendre ces matières (1).

b. *l'avarie commune.*

ba. observation générale.

Bien que les lois aient la même origine historique et qu'elles soient une émanation d'un droit commun international, elles présentent des nuances assez sensibles, et l'on discute encore sur le fondement de la contribution rhodienne. Seulement, la matière a été traitée si souvent et avec un tel luxe de détails, que je pourrais presque me contenter de dire qu'il y a des différences. Dans les ouvrages de DESJARDINS et de LYON-CAEN et RENAULT en France, de HECK et d'ULRICH en Allemagne, entre autres, les lois étrangères sont citées et comparées avec soin. Par suite de l'importance pratique du droit international en cette matière, tous les points de comparaison sont saillants. Je me contenterai d'en signaler quelques-uns.

bb. les cas où il y a avarie commune.

Les législations se divisent en législations qui ont codifié la matière, comme la nôtre par exemple, et en législations qui n'ont pas de codification, comme le droit anglais. Notre code de commerce est entré dans de grands développements ; la règle générale, qui se trouve à la fin de son art. 699, est précédée de 22 exemples. Notre code donne aussi,

(1) WAGNER, op cit.; § 32.

pour les avaries particulières (art. 701), une règle précédée d'exemples, alors que la loi belge, après avoir établi dans son art. 102 une règle pour les avaries communes, ajoute simplement: „toutes autres avaries sont particulières". Le code allemand (§ 700 sqq.; § 706, § 707) a aussi une règle générale et des exemples.

Indépendamment des divergences assez profondes, qui naissent des diverses interprétations que l'on peut donner aux règles légales et aux principes généraux non codifiés, il peut se présenter un assez grand nombre de cas où une avarie, considérée comme commune par une législation, n'a pas ce caractère dans une autre. Ainsi la loi allemande (§ 707, n°. 2) déclare avaries particulières les frais de revendication d'un navire confisqué avec sa cargaison, alors que ces mêmes frais sont déclarés avaries communes par le code néerlandais (art. 699, n°. 12). Par contre, notre code (art. 700) dit qu'il n'y a pas avarie commune lorsque le dommage ou les frais ont été occasionnés par la faute du capitaine ou de l'équipage; le code allemand (§ 702) dit en principe le contraire. Le code allemand exclut de l'avarie commune les dommages causés au navire par un forcement de voiles; dans le droit français cette matière forme une question controversée (1). Le point de différence le plus saillant est sans aucun doute la relâche, avec ses accessoires, mais c'est en même temps le point le plus connu, et le mouvement, qui a conduit aux règles d'York—Anvers—Liverpool, a été principalement causé par les différences des lois en cette matière. Il me paraît inutile d'insister.

(1) DESJARDINS, *Traité*, IV, 990; DE COURCY, *Questions de droit maritime*, I. p. 258. Ce dernier dit que le cas a été inventé par un capitaine ingénieux.

La question de savoir si le principe de l'avarie commune est strictement limité au droit maritime peut aussi donner lieu à des doutes. Dans notre pays (artt. 760—762 c. d. c.) et en Allemagne (loi du 15 Juin 1895 sur la navigation intérieure, section V), il peut y avoir des cas d'avarie commune dans la navigation fluviale. En France, la question est controversée (1). Le code de commerce espagnol (art. 818) a même prévu un cas d'avarie commune comprenant plusieurs navires, sauvés d'un incendie par le sacrifice de l'un d'eux.

bc. les valeurs, sujettes à contribution.

En principe le navire, la cargaison et le fret sont sujets à contribution. Mais il y a bien des différences, dont l'origine pourrait être expliquée historiquement. Notre loi (art. 727) fait contribuer le navire, dans l'état où il est arrivé, en y ajoutant ce qui lui sera payé à titre d'avarie commune; elle fait contribuer le fret, sous déduction des salaires et des frais d'entretien de l'équipage. Le code français, suivi par plusieurs autres lois, fait contribuer la moitié du navire et du fret (art. 401 c. d. c.). En Allemagne, la loi a précisé la contribution due par le navire (§ 717), les marchandises (§ 718—720) et le fret ou le prix de passage (§ 721). Cette précision donne lieu à toutes sortes de nuances. En Angleterre, toutes les circonstances sont prises en considération pour déterminer la part contributive du fret.

bd. les règles d'York—Anvers—Liverpool.

Parmi les tentatives qui ont été faites pour arriver à une codification uniforme de la matière, celles de l'*Association*

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., VI, n⁰. 871.

pour la réforme et la codification du droit des gens, aujourd'hui l'*Association de droit international* (International Law Association) méritent une mention particulière. Dans les séances que la célèbre Association a tenues à York (1864), à Anvers (1877) et à Liverpool (1890), une série de règles a été élaborée, et cette série est connue sous le nom que j'ai pris ici pour rubrique. Ces règles, qui ont été examinées et discutées par les meilleurs auteurs, n'ont pas besoin d'être reprises ici. Mais ce que je dois constater c'est la valeur pratique qui dérive du fait qu'elles sont visées dans un grand nombre de connaissements, de chartes-parties, etc.. Lorsque l'application de ces règles a été acceptée par tous les intéressés, elles font loi entre ces intéressés.

C. **Application du droit.**

I. *quant à la communauté du chargement en général.*

Les obligations qui peuvent naître de la communauté du chargement sont toujours le résultat d'un enchevêtrement d'intérêts à bord du navire, mais elles se présentent dans des circonstances trop diverses pour qu'on puisse les soumettre à une loi indiquée d'avance pour tous les cas. Ni la loi du pavillon, ni celle de la nationalité des parties, ni celle du lieu où le navire se trouve, ne méritent cette autorité générale. Il est nécessaire de tenir compte des circonstances, particulièrement lorsque la relation se présente sous la face internationale, ce qui arrivera fréquemment, parce que le transport maritime, qui forme l'occasion de l'enchevêtrement d'intérêts, ne peut être localisé que rarement. Les circonstances indiqueront si l'état de fait, qui forme la source des devoirs spéciaux qu'une loi consacre, peut être rattaché

nettement à un cercle local de la vie active, ce qui justifiera l'application d'une loi locale et la consécration des obligations qu'elle impose dans le but de maintenir l'ordre raisonnable de cette vie. La personne, engagée dans cet enchevêtrement d'intérêts localisé, sera soumise au droit local indépendamment de sa nationalité.

Le fait que le navire se trouve dans un port ou dans des eaux territoriales ne me paraît pas suffisant pour dire que la relation juridique, produite par l'état de fait, pénètre par un élément prépondérant dans la vie active locale ; il faudra de plus que les intérêts enchevêtrés, qu'il s'agit de dénouer, se trouvent dans un rapport intime avec l'ordre raisonnable de la vie active locale. Cela sera le cas lorsque le navire se trouvera dans un port où il devra être *chargé* ou *déchargé*. Dans ce cas, il sera juste de soumettre les chargeurs, dans les relations qu'ils peuvent avoir les uns avec les autres, à la loi locale.

Si le navire se trouve dans un port ou dans des eaux territoriales, sans qu'il y ait un rapport entre la communauté du chargement et la vie active locale, ou s'il se trouve en pleine mer, le *pavillon du navire* sera l'élément prépondérant. C'est le pavillon, dans ces cas, qui rattache la communauté du bord, communauté comprenant au besoin le navire, le fret et même les personnes, à la vie active du pays auquel le navire appartient. Pour le juge de ce même pays, ce rapport entre la communauté du bord et l'ordre raisonnable de la vie active ne peut pas faire de doute ; il appliquera la loi de son pays dans des circonstances où cette loi, raisonnablement interprétée, se déclare elle-même applicable. Mais le juge étranger appliquera aussi, dans les circonstances données, la loi du pavillon, parce que le pavillon forme l'élément prépondérant qui fait pénétrer la relation juridique dans la

vie active locale du pays, à la marine marchande duquel le navire appartient. Il n'est pas nécessaire de recourir au droit des gens; le rapport entre l'application de la loi du pavillon et l'ordre raisonnable de la vie active suffit.

L'unité du droit donnerait un résultat meilleur encore, mais il n'y a pas lieu de recommander ici tout particulièrement l'unification du droit.

II. *quant aux avaries communes.*

La question est bien plus pratique que celle qui précède. Aussi a-t-elle préoccupé depuis longtemps les auteurs, ce qui me permettra, avec modestie naturellement, de la traiter un peu comme le ferait un sur-arbitre.

Je commencerai par la dégager de tous les éléments étrangers, particulièrement des questions de juridiction. Je laisserai de côté aussi les conventions diplomatiques qui s'occupent de la juridiction (1) et les lois, qui, comme le code portugais, ont donné une solution (2). Enfin, je me permets de laisser dans l'ombre le contrat de transport et le contrat d'assurance, avec les clauses particulières (3) qu'ils peuvent contenir. Ce qui me reste, c'est la question de savoir si les relations entre les intéressés, en matière d'avarie commune, sont soumises à une loi et quelle est cette loi, particulièrement lorsque la relation juridique, qui nous occupe, se présente sous la face internationale.

En somme, les autorités, qui ont voulu décider la question par le renvoi à une loi, se partagent en deux catégories.

(1) Asser, *Schets*, p. 168. Von Bar, op. cit., II, n°. 331, note 97.

(2) Art. 650 codigo commercial. Le texte de l'art. 724 du code de comm. néerlandais est moins décisif. Cependant il a été interprété comme un texte renvoyant à la loi du lieu où le voyage se termine. Conf. Asser, loc. cit.; arrêt de la Cour de La Haye du 11 Février 1878, Weekbl. 4209.

(3) Foote, op. cit., p. 426 sqq.

Les unes tiennent pour la *loi du port de destination* ou plutôt pour *celle du lieu où le navire et la cargaison se séparent.* Telle est l'opinion, entre autres, d'Asser (1), de Wagner (2), d'Ulrich (3), et de Westlake (4). Le congrès d'Anvers (5), après une longue discussion, s'est rallié à ce système et sa décision a été confirmée à Bruxelles.

Les autres veulent soumettre les avaries communes à la *loi du pavillon du navire.* Lyon-Caen a défendu cette thèse avec chaleur, particulièrement au congrès d'Anvers. Elle peut invoquer l'autorité de l'Institut de droit international (6). Von Bar la mentionne avec sympathie (7).

Examinons la question indépendamment des considérations pratiques, qui ont une grande valeur sans doute, mais seulement quand on élabore un projet de règlement international. Il est assez naturel que l'Institut de droit international et les congrès aient pris le point de vue pratique, mais le juge, en décidant la question par les avantages pratiques, prendrait le point de vue du législateur national ou international, et mériterait la qualification que von Bar donne au vote du Congrès d'Anvers, qu'il considère comme manquant absolument d'esprit juridique (volkommen unjuristisch).

D'un autre côté, je ne voudrais pas dire, malgré l'autorité de von Bar et de Foote, que la question dépend de la volonté expresse ou tacite des parties. La volonté expresse de tous les intéressés, acceptée expressément ou tacitement

---

(1) Op. cit., p. 166.
(2) Op. cit., § 17, p. 142.
(3) *Grosse Haverei* (Berlin 1903), I, p. 7.
(4) Op. cit., § 220.
(5) *Actes*, p. 118 sqq.
(6) *Annuaire*, VIII, p. 124.
(7) Op. cit., II, n°. 331.

par leurs assureurs, peut sans doute modifier la loi. Cela est conforme au texte de certaines lois (loi belge, art. 100). Mais une convention ne me paraît pas devoir être mise sur le premier plan, dans une matière qui n'est pas conventionnelle. Les obligations naissent ici d'une communauté de fait. Au reste, il est extrêmement difficile d'admettre une manifestation tacite et concordante de la volonté *de tous les intéressés*, lorsque notre relation juridique se présente sous la face internationale.

Pour moi, la solution ne peut être obtenue qu'en examinant si la relation juridique pénètre par un élément prépondérant dans un cercle local de la vie active. Cette base étant admise, on peut discuter la question de savoir si cet élément est le lieu où la communauté du navire et de la cargaison se dissout, ou bien le pavillon de la marine marchande à laquelle le navire appartient. Cela écarte le lieu de la situation du navire (port, eaux territoriales) au moment où le sacrifice se fait, parce que la matière n'a aucun rapport avec l'ordre raisonnable de la vie active dans ce lieu. La question étant ainsi mise au point, comme je crois modestement qu'elle doit l'être, on peut invoquer un argument juridique en faveur du lieu où la communauté se dissout, en soutenant que c'est là que se produit l'inégalité entre les propriétaires des choses sauvées et ceux des choses sacrifiées. Mais l'argument n'est pas décisif, parce que ce n'est pas l'inégalité définitive qui est la source de l'obligation, mais la communauté du chargement existant au moment du sacrifice. Le sauvetage définitif n'est pas la source de l'obligation, bien qu'il puisse avoir une certaine influence sur le paiement, par suite du principe de la responsabilité limitée ou réelle. En faveur de la loi du pavillon, on peut invoquer un meilleur argument. Le pavillon du navire

représente le cercle de la vie active, qui comprend la communauté des intéréssés au moment du sacrifice, et dont le droit peut imposer aux membres de cette communauté des devoirs envers les autres membres.

Le navire, qui se trouve en pleine mer, reste attaché à la vie active locale du pays auquel il appartient; il y reste même attaché dans un port étranger ou dans des eaux territoriales, en tant que l'ordre raisonnable de la vie active dans ce port ou dans ces eaux n'est pas engagé, comme il est engagé, par exemple, en matière d'abordage. Cet argument me paraît décisif, et, *au point de vue du juge dont la loi nationale est muette*, c'est à l'application de la loi de pavillon que je conclus. Dans le cas assez improbable où la cargaison du navire condamné serait transportée au port de destination par deux navires de nationalité différente (1), et où il y aurait lieu de faire une répartition de certains dommages sur la totalité de la cargaison, par suite de nouvelles avaries, ma conclusion serait en faveur de la loi qui régissait l'ancienne communauté, qui se trouve être continuée sur la même base, et, dans tous les cas, plutôt en faveur de l'application du droit commun international, en tant que ce droit pose des règles d'équité universellement reçues, qu'en faveur de la loi du lieu ou des lieux de destination des nouveaux navires.

On pourrait peut-être vouloir faire de la règle, qui renvoie à la loi du lieu où le navire et la cargaison se séparent, une règle déjà consacrée par le droit coutumier international. Il est sans doute possible de concevoir, dans le droit international privé, des règles coutumières, renvoyant à une loi. Mais je pense qu'il faut être bien prudent sous ce rapport. On lit si souvent,

---

(1) *Actes du Congrès d'Anvers*, p. 124.

dans les manuels de droit international privé, que l'application de la loi x dans le cas z est *universellement admise*. Pour qu'il y ait un droit coutumier international, il faut quelque chose de plus que l'application habituelle d'une règle, il faut que cette application soit une manifestation bien nette de la conscience juridique universelle. Or, je crois qu'il n'y a ici tout au plus qu'une habitude des praticiens, habitude qui a pu se former facilement avant les codifications nationales et avant le développement du télégraphe sous-marin. Les praticiens du lieu de destination, chargés de rédiger une „dispache" ont suivi, par habitude, les usages de leur place. Il n'y a pas là une conviction juridique, commune aux nations.

Après avoir examiné la question au point de vue du juge, il faut encore se demander *ce qu'une codification internationale pourrait décider*. Sous ce dernier rapport, les considérations pratiques, développées à Anvers, méritent pleinement l'attention.

Le grand avantage pratique de l'application de la loi du lieu de destination ou de celle du lieu où la communauté du navire et de la cargaison se dissout, c'est que les praticiens et les juges n'auront pas à interpréter une loi étrangère ou un droit étranger non codifié. C'est pour cela qu'à Anvers on n'a pas même voulu accepter une transaction, qui renvoyait dans certains cas à la loi du pavillon. Dès qu'on se place *au point de vue d'un accord des nations*, l'avantage pratique d'une règle, dans le genre de celle qui a été votée dans les congrès, apparaît clairement. Mais il y a autre chose encore. L'essor, pris par les règles d'York—Anvers—Liverpool, prouve que le monde commercial désire qu'une entente se fasse sur le fond même du droit, parce que la règle de renvoi la plus pratique laisse subsister les inconvénients de la divergence

des textes et des principes. En constatant ces inconvénients et le désir général d'y mettre fin, j'ai atteint le terme de mes investigations, en ce qui concerne notre matière.

---

§ 138. *Communauté d'intérêts entre les propriétaires de titres émis par une même corporation ou société*

A. **Considérations générales.**

Une communauté d'intérêts existe entre les membres d'une corporation de droit privé ou d'une association quelconque, particulièrement entre les actionnaires d'une même société. Mais cette communauté possède une organisation, tout au moins rudimentaire et dérivant de l'acte de fondation. Nous n'avons pas besoin d'examiner la nature de cet acte de fondation, ni surtout de discuter ici la question de savoir si cet acte a le caractère d'une convention, et si les rapports entre les membres sont basés sur cette convention. Il nous suffit de constater l'existence d'une organisation. Le plus souvent cette organisation donnera à la majorité le pouvoir de lier la minorité, mais la protection des droits et des intérêts de la minorité, et même celle des droits et intérêts individuels de chaque membre, forment des matières dont les statuts fondamentaux et les lois s'occupent assez généralement. Je n'ai pas besoin d'insister après ce qui a été dit des associations en général (1).

Mais je dois m'arrêter aux propriétaires d'obligations. Leur qualité les rend créanciers d'un même débiteur. Or, sauf dans le cas d'une faillite ou d'une situation que la loi assimile à la faillite, cette qualité commune, à elle seule, ne crée pas

---

(1) I, § 48 sqq.

nécessairement entre eux des rapports juridiques. Il n'y a entre eux qu'un enchevêtrement d'intérêts.

Cependant la nécessité d'une organisation des intéressés se fait sentir. Cette organisation peut avoir été créée dès le début et se rattacher à l'émission. La confiance inspirée par le titre est alors qualifiée par les conditions de l'émission. Il se peut aussi que l'organisation, oubliée au début, devienne nécessaire plus tard, lorsqu'il s'agit de pourvoir à la défense des intérêts communs des obligataires. Il faut alors, en principe, un accord unanime. Enfin, la loi peut organiser elle-même une communauté des obligataires. Elle peut le faire pour l'avenir ou s'imposer rétroactivement.

La nécessité d'une organisation apparaît encore plus clairement lorsque les obligataires ont une garantie commune, une hypothèque ou un gage. C'est pour cela que les droits collectifs des porteurs de lettres de gage des banques hypothécaires, ou ceux des porteurs d'obligations de compagnies de chemins de fer, ont souvent donné lieu à des dispositions légales, spécialement lorsque ces dernières obligations sont garanties par une hypothèque, par un gage flottant ou encore par un privilège conventionnel sur le matériel d'exploitation ou sur les revenus. Mais, dans tous ces cas, la localisation de la garantie fait pénétrer la relation juridique, qui nous occupe, dans la vie active locale, et l'interprétation de la confiance inspirée par le titre conduit à l'application du droit local.

Dans la vie active internationale, c'est surtout l'organisation de la communauté des porteurs d'obligations pures et simples qui mérite l'attention. Ces porteurs peuvent être disséminés dans tout l'univers. Je me propose de m'y arrêter un instant, sans me laisser entraîner plus loin dans l'étude du droit comparé que cela n'est nécessaire pour mes investigations.

B. Esquisse de l'état actuel du droit.

Ce n'est pas la comparaison des textes qui est intéressante ici, c'est la constatation du fait que certaines lois n'ont pas de réglementation, alors que d'autres en ont une, souvent fort détaillée.

Notre législation peut être considérée comme le type de la première catégorie, la législation allemande comme le type de la seconde. Pour ce qui est de l'Allemagne, j'ai en vue la loi du 4 Décembre 1899 sur les droits collectifs des porteurs d'obligations. La législation autrichienne (loi du 24 Avril 1874 et loi du 5 Décembre 1877) (1) est plus ancienne, mais la loi allemande forme un meilleur élément de comparaison. Les considérations économiques, qui ont conduit le législateur à la promulguer, ont été magistralement exposées par Riesser, qui a soumis à une critique serrée les dispositions du projet (2).

L'opposition entre les deux législations, que j'ai citées, est fort nette.

Notre loi n'a pas donné à la communauté des obligataires une organisation légale. Cette absence de réglementation se fait d'autant plus vivement sentir que notre législation ne s'est pas spécialement occupée des banques hypothécaires, ni même des garanties que l'on peut attacher à des titres au porteur. Dans la pratique, on tâche de se tirer d'affaire. Souvent, dans les conditions des emprunts, on prévoit la possibilité de tenir des réunions d'obligataires et de prendre

---

(1) Zeitschrift f. d. G. H. XX, p. 509—515. XXIII. Beil. p. 85.

(2) Zeitschrift f. d. G. H. XLVII (XXXII), Beilageheft. Conf. ibid. XXXV (XX), p. 371 sqq. Société allemande des Juristes, XXIVe session, IV, p. 203 sqq.; 365 sqq.

des décisions à la majorité des voix (1). Lorsque l'on a négligé de prendre ces précautions, on ne peut y suppléer que par un accord unanime, ce qui permet à une minorité dissidente de poser des conditions abusives.

La loi allemande présente, au contraire, une organisation, dont le principe est contenu dans son § 1. D'après ce principe, les décisions d'une assemblée d'obligataires, prises dans les cas prévus par la loi, et de la manière déterminée par la loi, lient tous les obligataires. Chaque expression de ce § 1 mériterait une analyse, comme on peut le voir en consultant un des ouvrages qui ont commenté la loi (2), et les vingt-cinq autres §§ règlent avec précision une foule de détails. Mais il n'est pas nécessaire pour le but de mon investigation d'entrer dans ces détails. Je constaterai deux choses seulement. La première est que la loi localise les obligations auxquelles elle s'applique. Ainsi le § 1 veut, entre autres, qu'il s'agisse d'obligations émises par une personne (Jemand), qui a dans le pays son domicile ou son établissement professionnel, et que ces obligations aient été émises dans le pays. La seconde est que la loi, entrée en vigueur le 1 Janvier 1900, s'applique aux obligations du genre de celles que la loi prévoit et qui ont été émises avant cette date. On sait que c'est la date de l'entrée en vigueur du code civil, ainsi que de la loi du 13 Juillet 1899 sur les banques hypothécaires (3), etc., etc..

C. **Application du droit.**

Je constate que la loi allemande a précisé elle-même le point de savoir quand la relation juridique qui nous occupe

---

(1) Deking Dura, *Handhaving der rechten van obligatiehouders* (Amsterdam, 1887), pass.

(2) J'ai sous la main le texte annoté par S. Merzbacher (Munich, 1900).

(3) § 44, j⁰ 53 de cette loi.

sera locale-nationale. Je n'ai qu'à rappeler ce qui a été dit du § 1 de la loi, et je crois pouvoir généraliser la règle posée dans ce §. La relation juridique, qui nous occupe, est locale-nationale lorsque l'établissement débiteur a son siège dans le pays et qu'il y a émis les obligations. Le juge applique alors le droit de son pays.

Si le juge se trouve avoir juridiction et compétence pour un procès relatif à une relation juridique, qui appartient par ces mêmes éléments décisifs au cercle local de la vie active d'un pays étranger, il appliquera la loi étrangère, qui correspond à ce cercle local.

Le plus souvent la relation juridique se présentera sous l'une ou l'autre de ces faces locales. Pour le cas, un peu hypothétique sans l'être absolument, où l'émission aurait eu lieu dans un pays autre que celui du siège de l'établissement, la solution devrait dépendre de l'appréciation de la confiance que le titre a dû inspirer à un homme sérieux et raisonnable. Le lieu du siège de l'établissement aura sur cette appréciation la plus grande influence, mais les circonstances peuvent fort bien donner une importance prépondérante au lieu d'émission, surtout si les prestations, auxquelles le titulaire a droit, doivent être faites dans ce lieu. Lorsque la loi du lieu, où se trouve le siège de l'établissement, exclut elle-même son application dans des circonstances données, le juge n'admettra pas facilement que cette loi ait eu une influence décisive sur la confiance inspirée par le titre.

Dans tous les cas, les clauses, contenues dans le titre, auront, dans les limites tracées par la loi qui régit le cercle local de la vie active auquel la relation juridique appartient (§ 20 de la loi allemande) leur plein effet. Cet effet, à mon avis, ne repose pas sur un contrat, mais sur le principe de confiance. Il est

à peine besoin d'ajouter que les dispositions pénales (§§ 21—23 de la même loi) n'auront, en principe, qu'une application territoriale.

La question internationale se complique d'une question de rétroactivité lorsque la loi sur l'union forcée des obligataires est postérieure à l'émission du titre. Naturellement, le juge du pays, où cette loi a été mise en vigueur avec effet rétroactif, appliquera cette loi avec l'effet qu'elle s'attribue. Il obéit ainsi à une loi qui le lie. Mais le juge appliquera-t-il éventuellement l'effet rétroactif d'une loi étrangère? Je crois qu'il serait bien exagéré de dire que l'ordre raisonnable de la société universelle s'y oppose. Il y a ici une communauté de fait avec enchevêtrement d'intérêts et la loi ne fait que démêler ces intérêts, en exerçant son autorité dans le but de maintenir l'ordre raisonnable de la vie des hommes en société. Je pense donc que lorsque l'application d'une loi étrangère repose sur la considération que la relation juridique appartient à la vie active locale d'un pays étranger, cette loi doit être appliquée avec son effet rétroactif éventuel, mais que lorsque l'application de la loi étrangère ne repose que sur le principe de confiance, le juge appréciera si l'éventualité d'une loi rétroactive a dû entrer raisonnablement dans les prévisions de celui qui a acquis le titre. Le plus souvent, la réponse sera négative. Comme toujours, l'application du principe de confiance suppose que le juge est un homme raisonnable; au reste, s'il ne l'est pas, les principes et les textes eux-mêmes sont impuissants.

HUITIÈME PARTIE

CONCLUSIONS

§ 139. *Considérations générales et groupement des conclusions*

Je n'ai pas l'intention d'être fort long dans le développement des conclusions de mon travail. La déclaration d'un auteur, qui croit qu'il a atteint le but qu'il s'est proposé, n'a qu'une valeur subjective, il faut que le mouvement scientifique ratifie le jugement de l'auteur, en se produisant dans la direction qu'il a indiquée.

Mais je me considère comme fondé à préciser cette direction.

Le meilleur moyen est de me reporter à mon plan du début.

Je rappellerai d'abord que, pour moi, le droit international privé n'est pas simplement la science des „conflits", science qui n'aurait pour but que d'indiquer „en cas de doute" la loi applicable. Le droit international privé, c'est le droit privé, considéré au point de vue des exigences de la communauté juridique du genre humain. C'est pour cela que je ne songe pas à m'appuyer sur le droit des gens, qui n'est pas autre chose que le droit public, considéré au point de vue des mêmes exigences. Le renvoi à une loi, comme je l'ai dit, est un moyen et non un but. Il ne peut avoir lieu, dans la science, que par un raisonnement fondé sur la nature, les faces et les éléments des relations juridiques, et s'il est vrai que le législateur, national ou international, a le pouvoir de trancher arbitrairement tous les

„conflits" que l'on peut imaginer, il ne doit exercer ce pouvoir que lorsque le résultat est de nature à assurer l'ordre raisonnable de la vie active universelle.

Il en résulte que je ne me crois pas du tout forcé de donner satisfaction à ceux qui réduisent toutes les questions de droit international privé à une solution de conflits. Souvent j'ai pu renvoyer à une loi, mais je ne propose pas d'arriver à une formule de renvoi pour toutes les obligations, ni même pour les diverses classes d'obligation, que j'ai distinguées. Au contraire, je tiens précisément à montrer que les formules générales de renvoi sont arbitraires et mécaniques, que leur recherche éternise les controverses, et que même le législateur international ne peut pas songer raisonnablement à trancher tous les „conflits" au moyen d'un renvoi à une loi, choisie dans la masse. Quand je n'aurais atteint que ce résultat négatif, je serais déjà satisfait.

Mais j'ai voulu aussi poser les jalons d'une direction positive, sans me flatter de mettre fin aux controverses, mais de manière à permettre aux partisans des opinions diverses de discuter, en leur donnant une mesure commune pour apprécier leurs arguments respectifs. Deux adversaires, dont l'un s'attache à la „lex loci contractus", comme principe général, et l'autre à la „lex loci executionis" avec le même parti-pris, ne peuvent pas s'entendre, même après avoir discuté pendant des siècles; ils se tournent le dos. On ne peut prouver à un homme qu'il a tort, qu'en lui faisant voir que ce qu'il dit est en désaccord avec un principe supérieur, qu'il admet ou qu'il doit admettre. Mais si deux interprètes, désireux de rechercher quelle est l'étendue de la confiance inspirée, par une déclaration, à un homme sérieux et raisonnable, peuvent différer d'opinion quant à cette étendue, ils peuvent arriver à s'entendre. Ils ont le même point de départ et le même but.

C'est dans cet esprit que j'ai fait mon plan de campagne.

J'ai commencé par constater l'immense divergence des systèmes. Puis, en opposant les uns aux autres ces systèmes, j'ai fait usage des arguments que les partisans des divers systèmes emploient pour battre en brèche les autres systèmes. J'ai constaté, naturellement, que ces arguments *n'étaient pas de moi*, mais en réservant ma personnalité *dans la conclusion que l'ensemble des arguments des auteurs prouve contre tous les systèmes absolus.* Cependant, plein de respect pour l'autorité de mes devanciers, je n'ai pas voulu admettre qu'il y ait eu un seul auteur, en état d'imaginer et de maintenir un système, qui n'aurait pas donné, tout au moins pour quelques sortes d'obligations sous quelques-unes de leurs faces, un résultat juste et pratique. Et c'est ainsi que j'ai été amené à former un plan d'investigation dégagé de tous les systèmes préconçus, un plan qui devait me permettre d'examiner les unes après les autres, sous la lumière du droit comparé, les diverses espèces d'obligations, pour déterminer quels principes peuvent conduire, pour chaque obligation d'une nature particulière, à un résultat conforme aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle.

Il m'a fallu, pour cela, ranger le matériel d'investigation dans un ordre logique, rapprochant les unes des autres les obligations de même nature. J'ai rejeté l'ordre classique de la division en contrats, délits, quasi-contrats, quasi-délits et obligations diverses, parce que cet ordre ne tient pas compte du devoir social d'homme à homme, qui est l'élément commun de toutes les obligations, et c'est ainsi que je suis arrivé à ma division en six classes. L'analyse minutieuse et loyale des articularités m'a conduit à subdiviser les classes, pour mettre un ordre logique dans les détails des détails.

Quant à la méthode même de mes investigations, je n'ai pas eu à l'imaginer pour le travail actuel. Je me suis permis d'employer la méthode à laquelle j'ai consacré un ouvrage général et dont j'ai eu déjà l'occasion de me servir pour étudier le droit international de la faillite. Il est assez naturel qu'un ouvrier se serve des outils, qu'il s'est confectionnés lui-même, et dont il espère prouver la bonne qualité.

Ainsi, la méthode du droit international privé se divise pour moi en deux branches, la branche individuelle ou particulière, qui se place au point de vue du juge et du législateur d'un Etat déterminé, et la branche universelle ou générale, qui prend le point de vue de la collectivité des Etats. Je fais de mon mieux pour ne pas confondre ces branches et pour empêcher qu'on ne les confonde.

Le juge ne peut jamais appliquer autre chose que la branche individuelle ou particulière de la méthode. Il est toujours l'organe d'un Etat déterminé. Cela ne veut pas dire qu'il ne puisse jamais appliquer autre chose que la loi de cet Etat. Mais cela implique certainement qu'il est obligé d'appliquer cette loi dans toute la sphère d'application qu'elle se donne elle-même, et que lorsque cette loi lui fournit une instruction sur l'application des lois étrangères, il doit suivre cette instruction. Dans le cours de mon travail, j'ai tenu compte de cet état de choses. Que de fois n'ai-je pas trouvé des textes positifs? Qu'on songe aux dispositions préliminaires de la loi italienne, à l'art. 58 du code de commerce du même pays, aux dispositions de la loi allemande sur la mise en vigueur du code civil ou de l'ordonnance allemande sur la lettre de change, etc., etc.. J'ai toujours constaté que le juge italien, allemand, etc., était lié. Cette constatation m'a obligé de prendre le point de vue du juge dont la loi nationale est muette sur le droit inter-

national des obligations. C'est alors seulement, en effet, que les questions pratiques, auxquelles le droit comparé enchaîne mon imagination, se présentent avec la pureté nécessaire. Pour le juge, dont la loi nationale est muette, les systèmes arbitraires, qui tranchent les „conflits" par une règle fixe de renvoi ou par une présomption générale, systèmes préconisés dans les ouvrages des auteurs, dans les congrès et dans les institutions scientifiques, n'ont aucune autorité positive; ils ne valent que par l'excellence de leurs motifs. La considération que la certitude de la loi applicable importe avant tout, ne touche pas le juge.

Le législateur national, à son tour, ne peut pas non plus quitter le terrain de la méthode individuelle ou particulière. Il ne peut donner des instructions qu'aux juges de son pays. Sans doute pour lui le terrain d'action est plus large. Il peut tenir compte de l'utilité pratique d'une règle qui tranche arbitrairement, mais il doit songer, tout au moins, qu'il y a dix manières de trancher arbitrairement, et qu'en légiférant isolément, il ne peut pas donner au monde la certitude du droit.

Une autre branche de la méthode s'ouvre seulement lorsqu'il s'agit, pour les Etats, de prendre des mesures en commun, par un acte législatif supranational. Un législateur supranational — fédéral-universel, si l'on veut — fait défaut, mais les Etats peuvent employer la menue monnaie de la loi internationale: la loi uniforme et le traité. C'est à la branche universelle ou générale de la méthode du droit international privé qu'appartiennent plus particulièrement les projets des congrès.

La science n'a pas de point de vue absolument déterminé. Elle peut prendre tour à tour celui du juge, celui du législateur

national et celui de la collectivité des nations. Elle peut les prendre tous les trois successivement, mais quand elle en a pris un, elle doit s'y tenir et ne pas donner au juge des avis qui ne valent que pour le législateur, ou, à ce dernier, des conseils qui ne peuvent servir qu'à la collectiveté.

Quant à moi, je me suis placé tout d'abord, dans mes investigations, au point du vue du juge, dont la loi nationale ne contient pas de dispositions générales sur le droit international des obligations. Mais plus d'une fois j'ai constaté loyalement que, dans l'état de discordance des législations, le juge ne pouvait pas toujours arriver à l'harmonie. Cette constatation place les questions devant le législateur national, qui peut aller plus loin, sous le rapport de la certitude de la règle, que le juge. J'ai pris ainsi, après avoir terminé mes investigations au point de vue du juge, le point de vue du législateur national. Mais ce dernier ne peut pas donner une règle universellement applicable; c'est sa conception particulière de la nature des relations juridiques qui dominera dans les instructions qu'il donnera à ses juges. Cette constatation de l'insuffisance de la législation isolée place les questions devant la collectivité des nations, et c'est ainsi que j'ai dû souvent finir par me placer au point de vue de cette collectivité. C'est seulement de cette collectivité qu'on peut attendre un accord international. Encore cet accord suppose-t-il que les Etats possèdent une conviction commune, quant à la nature et quant au but social des relations juridiques. Si donc je fais appel à un accord international, ce n'est qu'après avoir essayé de déterminer ce qu'on peut atteindre en suivant une autre voie.

Le groupement de mes conclusions se trouve ainsi indiqué. Je les combinerai d'abord au point de vue du juge, puis à

celui du législateur national et enfin à celui de la collectivité des Etats.

Le point de vue de la science, comme je l'ai dit, est toujours un des trois autres.

---

§ 140. *Conclusions au point de vue du juge*

A. **Observation générale.**

Mes conclusions doivent suivre la méthode de mes investigations. Cela veut dire que je prendrai encore le point de vue du juge dont la loi nationale est muette en ce qui concerne le renvoi aux lois nationales ou étrangères. Quant au juge, dont la loi nationale contient une solution partielle, mes conclusions peuvent lui être de quelque utilité pour les cas où il n'est pas lié par un texte.

B. **Résultat des investigations au point de vue du juge.**

a. *la distinction des diverses faces des relations juridiques.*

J'ai fait cette distinction dans l'ouvrage que j'ai consacré, il y a quelques années, à la méthode du droit international privé, je l'ai employée dans le travail actuel et je crois avoir réussi à établir, non pas qu'elle donne magiquement, comme le voudraient les pourfendeurs de conflits, la formule qui indique toujours la loi applicable, mais qu'elle fournit le moyen de déterminer cette loi dans un certain nombre de cas. De cette manière le terrain des difficultés est réduit.

La distinction que j'ai en vue est celle des relations juridiques locales-nationales, locales-étrangères et internationales.

Elle suppose que le droit international privé est pris dans son sens large, comme droit privé de la communauté du genre humain, et qu'on se place tout d'abord au point de vue du juge. Ceux qui ne veulent entendre parler que de solutions de conflits *en cas de doute sur la loi applicable*, ne peuvent pas admettre l'existence d'une face nationale des relations juridiques dans le droit international privé, parce que sous cette face il n'y a pas de doute sur le droit applicable. Ils parleront alors d'un droit privé national, qui suppose qu'il n'y a pas de doute, et d'un droit international privé, qui suppose qu'il y a un doute. On est assez embarrassé alors de déterminer quand il est permis de douter, ou de résoudre le doute qui peut se présenter sur la question de savoir s'il y a doute. Pour moi, je n'admets pas que la définition du droit international privé puisse comprendre l'élément „doute", comme indication des limites de cette science. Le droit privé national est une des faces du droit privé universel, et une même relation juridique peut être nationale ou internationale selon que c'est un juge du pays, où la relation juridique est localisée, qui est appelé à se prononcer, ou bien que c'est le juge d'un autre pays.

Une relation juridique est locale-nationale, ai-je dit, lorsqu'elle appartient par tous les éléments, désisifs pour son but social, à la sphère locale de la vie active d'un pays déterminé, et que c'est le juge de ce pays qui est appelé à s'en occuper. Ce juge appliquera alors le droit de son pays. J'ai pu déterminer souvent, pour les diverses classes d'obligations, quand elles se présentent sous cette face. La conséquence pratique est que le juge de chaque pays est obligé, avant tout, de déterminer la sphère d'activité de son propre droit national, en tant que sa loi nationale ne l'a pas fait. Si elle l'a fait, tout est dit. Si elle ne l'a pas fait, il faut bien que le

juge fasse ce que veut une méthode rationnelle, c'est-à-dire qu'il examine si la relation obligatoire appartient par tous ses éléments décisifs à la sphère locale de la vie active de son propre pays.

L'application de la loi nationale par le juge national, dans ce cas, est parfaitement conforme aux exigences rationnelles de la communauté juridique du genre humain. Le haut pouvoir de justice, dans cette communauté, est exercé, comme un droit corrélatif à un devoir, par chaque Etat dans la sphère de sa souveraineté locale, pour le maintien de l'ordre raisonnable de la vie sociale. Le juge, organe de la souveraineté locale, impose le droit local aux relations juridiques, qui appartiennent à la vie active locale. *Par suite, il n'y aura autonomie des parties, sous cette face, que dans les limites tracées, au nom de l'ordre public local, par la loi locale.*

Il y a donc là un premier moyen d'arriver à une loi applicable.

Mais le juge peut avoir à s'occuper de relations juridiques, — relations d'obligations pour ce qui est de notre terrain d'investigation — qui n'appartiennent pas par tous leurs éléments décisifs à la sphère locale de la vie active de son pays.

Ces relations peuvent être locales-étrangères ou internationales.

Elles seront locales-étrangères si elles appartiennent, par tous les éléments, décisifs pour leur but social, à la sphère locale de la vie active d'un pays étranger déterminé. Le juge appliquera alors la loi locale-étrangère.

Ce résultat est encore conforme aux exigences rationnelles de la communauté juridique du genre humain. Ces exigences renvoient ici, pour le maintien de l'ordre raisonnable de la

vie en société, à la législation étrangère, parce que les relations juridiques appartiennent à une sphère locale de la vie active. *Il en résulte que les parties ne pourront exercer leur autonomie, sous cette face, que dans les limites, tracées par la loi locale-étrangère au nom de l'ordre public local-étranger.* Il en résulte aussi que les droits, acquis conformément à la loi étrangère, doivent être respectés, sous cette face, sauf lorsque le juge est convaincu que l'exercice de son pouvoir de coercition serait contraire, dans les circonstances de la cause, à ce qu'il considère comme une exigence de *l'ordre public universel.* Dans ce cas, la première exigence de l'ordre raisonnable de la vie sociale est contrebalancée par une autre exigence plus puissante, et le droit acquis ne sera pas respecté. On ne court pas ici le danger de tomber dans un cercle vicieux en parlant de droits acquis, parce que l'on suppose qu'il s'agit d'une relation juridique appartenant, par tous les éléments décisifs pour son but social, à une sphère locale de la vie active.

Il y a donc là un second moyen d'arriver à une loi applicable, moyen que j'ai souvent appliqué dans la matière des contrats, des titres, des actes illicites et des autres sources d'obligations.

Enfin une relation d'obligation peut ne pas appartenir par l'ensemble des éléments, décisifs pour son but social, à un cercle local de la vie active. Je l'appelle alors une relation internationale. J'ai constaté que ces relations se présentent très souvent, particulièrement pour les obligations qui se rattachent au commerce, aux moyens de communication et aux professions diverses que la division du travail a fait naître dans ces domaines. Il en est ainsi dans toutes les classes d'obligation. Je me permettrai de rappeler ce que j'ai dit de la vente, de la commission, des transports, des assurances, des lettres de change,

des titres au porteur, des actes illicites et licites, qui se produisent en mer, des enchevêtrements d'intérêts qu'on y constate, etc..

Dans les cas de ce genre, j'ai pu constater tout d'abord, négativement mais non sans résultat positif, qu'aucune règle générale ne donne toujours une loi applicable, de manière à satisfaire aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle. Ni le principe de la „lex loci contractus", ni celui de la „lex loci executionis'", ni celui de l'autonomie, ni celui de la loi nationale ou domicilaire des parties, du débiteur ou du créancier, ne méritent une autorité générale. Sans doute, en érigeant l'un ou l'autre de ces principes en règle universelle, on obtient arbitrairement la certitude du droit, mais quand même ce résultat serait désirable, il n'appartient pas au juge de l'imposer.

Si je n'avais obtenu que cette conclusion, pour faire suite à mes conclusions positives sur le droit applicable aux relations juridiques locales-nationales et locales-étrangères, je me permettrais de dire que ce n'est pas tout à fait sans succès que j'ai rassemblé des éléments comparatifs et que j'ai essayé de pénétrer dans les détails des diverses obligations, après avoir enchaîné mon imagination. Qu'on songe à l'autorité attachée, en Angleterre et dans mon pays, à la „lex loci contractus", à celle que la „lex loci executionis" possède encore en Allemagne, à l'influence que le principe de nationalité, combiné avec celui de l'autonomie, exerce en Italie, etc., etc..

Mais j'ose ajouter que j'ai pu, sinon toujours, du moins assez souvent aboutir à un résultat plus net pour les obligations qui se présentent sous la face internationale, et cela en montrant d'abord la possibilité de localiser certaines obligations internationales *qui pénètrent par un ou plusieurs éléments prépondérants dans une sphère locale de la vie active,*

puis en faisant appel *au droit commun international* et, en fin de compte, *à la conscience juridique du magistrat.*

C'est ce que je vais rappeler brièvement.

b. *l'élément prépondérant des relations juridiques internationales.*

Il serait inexact de dire que, pour les relations juridiques internationales, l'application du droit peut *toujours* être obtenue par la désignation de l'élément prépondérant de ces relations. Il n'y a pas toujours un élément prépondérant et même quand il existe, il n'a pas toujours pour effet de faire pénétrer la relation dans une sphère locale de la vie active. La vérité est que lorsqu'il y a un élément prépondérant et que cet élément produit l'effet de pénétration en question, le droit applicable se trouve indiqué par la loi qui régit la sphère locale en question. C'est seulement lorsque ces deux conditions sont réunies que l'ordre raisonnable de la société universelle exige, d'une manière générale, l'application d'une loi déterminée. Il n'y a donc pas ici un moyen mécanique qui réussit toujours, mais une méthode d'analyse qui peut conduire, tout à la fois à la certitude de la règle et à l'harmonie entre le droit et la vie.

J'ai essayé d'appliquer cette méthode d'analyse et je crois avoir réussi assez souvent à obtenir un résultat.

c. *le droit commun international.*

Lorsque j'ai parlé du droit commun international, j'ai toujours essayé de m'exprimer de manière à empêcher qu'on ne confondît ce droit avec le droit purement philosophique, fondé sur la seule raison naturelle. Je ne conteste pas l'existence de ce dernier droit et je ne le méprise pas. Pour le faire, il

faudrait qu'on fût „misosophe", ce qui supposerait une direction d'esprit inavouable. Mais je ne fais pas du droit philosophique la source d'un devoir que le juge peut sanctionner au nom de la société. Il en est autrement du droit commun international, qui se compose des principes de droit reconnus par toutes les nations, comme des émanations de la raison naturelle. Si l'on me dit que je fais revivre le „*jus gentium*" des Romains, dans le sens que Justinien donne à cette expression lorsqu'il définit l'esclavage: „*constitutio juris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subjicitur*", je ne protesterai pas autrement. Ceux qui voudront me reprocher de n'avoir rien dit de neuf, auront ainsi beau jeu.

Le droit philosophique et le droit commun international ont un élément commun: la raison naturelle. Mais dans le droit philosophique la raison naturelle ne constitue qu'un idéal, alors que dans le droit commun international elle a pénétré dans la conscience juridique de toutes les nations. C'est pour cela que je considère ce dernier droit comme un droit positif.

Dans la matière des obligations, le droit commun international se montre d'une façon plus nette que dans les autres branches du droit privé. Ce fait se rattache historiquement au droit romain, que l'on a pu appeler *la raison écrite*. Je ne vais pas cependant jusqu'à donner au droit romain, dans la matière des obligations, une force positive; la conscience juridique de toutes les nations ne ratifierait pas ce jugement. Dans le droit des obligations, c'est la partie, connue sous le nom de droit des obligations commerciales, qui présente le plus grand nombre d'exemples de l'application d'un droit commun international. Cela tient à son cosmopolitisme. C'est ce que nous avons constaté, par exemple, dans le droit du transport des

marchandises par les chemins de fer, et dans celui de la lettre de change. Dans le droit commercial, enfin, c'est le droit maritime, qui se rapproche le plus d'un droit commun international bien caractérisé. Cela tient au fait que la mer est le territoire commun de l'humanité. Les mesures destinées à prévenir les abordages attestent la vérité de mon assertion et demain, peut-être, les codes internationaux de l'abordage et du sauvetage la confirmeront avec éclat.

J'ai donné au droit commun international, en tant que j'ai pu établir son existence, une autorité subsidiaire pour les relations juridiques internationales, qui ne pénètrent pas, par un élément prédominant, dans une sphère locale de la vie active. Très souvent j'ai eu l'occasion de le déclarer applicable, en constatant même qu'il peut conduire indirectement à l'application d'une loi. Dans la matière des obligations conventionnelles, j'ai pu poser en principe que la convention, conclue par des sujets juridiques capables de prendre personnellement part à la vie active, produit, en vertu du droit commun international, une obligation, dont la substance est déterminée par la mesure de la confiance inspirée à un homme sérieux et raisonnable. Pour la lettre de change internationale j'ai même pu constituer un petit code commun. Indirectement, le droit commun international m'a même conduit à déclarer applicable une loi, parce que la mesure de la confiance inspirée correspond souvent à la délimitation légale de la substance d'une obligation. *L'autonomie des parties a pu obtenir de cette manière, grâce au principe de confiance, tout le terrain d'action qui lui appartient.* J'ai pu poser aussi des principes de droit commun international pour l'acte illicite personnel, dommageable et imputable, et même pour le paiement de l'indu, la gestion d'affaires, l'assistance maritime et les avaries communes.

Ce droit commun international n'est sans doute pas aussi vague que ses détracteurs ont l'habitude de le dire, mais il est certain que les principes qu'il pose restent le plus souvent à l'état de principes généraux, et même que la codification de ces principes donnerait lieu à de très grandes divergences dans l'application. Mais cela n'est pas une raison, pour le juge, de combler le déficit au moyen de règles arbitraires et mécaniques, et la science n'est pas appelée non plus à lui fournir ces règles. C'est une illusion que de croire que l'on peut formuler ces règles au moyen du droit des gens, qui, s'il ne se confond pas avec le droit commun international ou même avec le droit philosophique, est pour le moins aussi vague qu'eux.

Pour le développement des principes du droit commun international et pour l'application du droit, sinon d'une loi, dans les cas où l'existence d'un droit commun international ne peut pas être constatée, il reste un dernier moyen, auquel je n'ai jamais hésité à faire appel, c'est la conscience juridique du magistrat.

d. *la conscience juridique du magistrat.*

Un appel à cette conscience me paraît nécessaire.

J'attribue à la conscience du magistrat, non-seulement une puissance négative, en ce sens que le juge doit avoir la force de se dégager des principes mécaniques, qu'on prétend imposer à notre science, mais encore une puissance positive. Le juge ne doit pas inventer la règle, mais il doit savoir la trouver. Tout particulièrement dans le domaine du droit des obligations, qui n'est pas borné par des limites légales, mais qui, sous l'influence de la lutte pour le bien-être, présente à chaque

instant des combinaisons nouvelles, la liberté que je revendique pour le magistrat est le complément d'une méthode rationnelle.

C'est au juge qu'il appartient de déterminer si une relation juridique se présente sous la face locale-nationale, la face locale-étrangère ou la face internationale; c'est à lui encore qu'incombe la tâche de décider si une relation juridique internationale pénètre, par un élément prépondérant, dans un cercle local de la vie active; c'est lui, enfin, qui a la mission de dégager les règles du droit commun international.

Mais ce n'est pas tout.

Il est possible qu'une relation juridique internationale ne pénètre pas par un élément prépondérant dans un cercle local de la vie active; il est possible encore qu'il n'y ait pas, pour ce qui est de cette relation, un droit commun international. La conscience du magistrat est alors la ressource suprême. Je n'ai pas abusé de cette ressource. Dans la matière des obligations conventionnelles, il n'est guère besoin d'y recourir, parce que le droit commun international donne force obligatoire, en principe, à la déclaration d'une personne, qui a inspiré à une autre personne, considérée comme un homme sérieux et raisonnable, la confiance qu'une prestation serait faite à cette dernière. Pour les titres les plus usuels, le même principe de confiance, appliqué plus largement par suite de l'appel fait par le signataire à la foi publique, m'a permis d'indiquer le droit applicable, sur la base d'un droit commun international. Mais, pour plusieurs obligations, notamment celles qui résultent d'un acte personnel et dommageable, mais licite en lui-même, pour celles qui sont attachées à l'acte dommageable d'autrui, et pour les condictions autres que la répétition de l'indu, j'ai dû constater, en même temps, l'impos-

sibilité de localiser toutes les relations juridiques et l'absence d'un droit commun international, ce qui m'a conduit à dire que l'application du droit variera forcément selon les pays où une question pratique se posera.

Tout particulièrement en ce qui concerne les relations juridiques internationales, qui ne sont ni localisables ni régies par le droit commun international, il y a une différence fort nette entre ma manière de voir et les systèmes, qui prétendent toujours aboutir à une loi applicable pour toutes les combinaisons. Si ces systèmes donnent mécaniquement la certitude de la règle applicable, ils n'obtiennent ce résultat qu'en endormant la conscience du magistrat.

C. **Importance des conclusions, qui précèdent, pour les autres matières du droit international des obligations.**

J'ai voulu borner mon travail à la substance des obligations, l'ensemble des règles, qui, indépendamment de la capacité, de la forme et de la preuve, déterminent l'influence des faits, qui produisent l'obligation, sur l'étendue et les conditions de la prestation que le créancier peut exiger du débiteur. Arrivé au terme de mon travail, je pense toujours que j'ai bien fait de concentrer mon attention. Je crois pouvoir dire cependant que les conclusions que j'ai pu formuler, pour la substance des obligations, ne sont pas sans importance pour les autres matières du droit des obligations.

La capacité, la forme et la preuve appartiennent, comme je l'ai dit, à une doctrine plus large que celle des obligations. Cette doctrine est celle des actes et même des faits juridiques. Cependant je pense que celui qui aborde l'étude de cette dernière doctrine peut tirer quelques fruits de la distinction entre la vie active locale et la vie active internationale, que

j'ai eu soin de faire, et qui m'a paru si importante pour l'application du droit, selon les faces que les relations juridiques peuvent présenter. Il est possible de localiser, dans le même esprit, les actes et les faits juridiques, pris en général. Parfois aussi, et tout particulièrement dans la matière de la lettre de change, j'ai eu l'occasion de parler de la capacité et de la forme. Je crois que ce que j'en ai dit peut être de quelque utilité lorsqu'il s'agit de déterminer quelle influence doit exercer, sur la capacité et sur la forme, la circonstance qu'un acte juridique a lieu dans une sphère de la vie active, qui n'est pas celle à laquelle une personne appartient par sa nationalité ou par son domicile. Je n'ai guère insisté sur le droit qui régit la preuve des actes et des faits juridiques. Cependant, j'ose dire que la localisation de ces actes et de ces faits peut servir à élucider la question de l'admissibilité de tel ou de tel moyen de preuve, dans un cas donné. Enfin, je me permets d'ajouter que lorsqu'il s'agit de développer, dans le droit international privé, les effets des obligations, considérées comme des parties actives du patrimoine du créancier, ou bien leur extinction par les divers modes connus dans la science générale du droit, la détermination du droit, qui régit la substance des obligations, forme la première étape de la route qui conduit au but.

Sans doute je n'ai pas la prétention d'avoir résolu des questions, que j'ai laissées volontairement dans l'ombre, mais, en essayant de trouver un fil conducteur dans le labyrinthe de la substance des obligations, je me flatte d'avoir montré comment on peut se diriger au milieu des méandres des autres questions controversées.

D. Résumé des conclusions en ce qui concerne le juge, dont la loi nationale se tait sur les principes du droit international des obligations.

Je crois pouvoir résumer ici mes conclusions comme suit.

Les règles, qui veulent renvoyer soit à la loi du lieu où une obligation est née, soit à celle du lieu où elle doit être exécutée, soit à la loi nationale ou domiciliaire des parties ou de l'une d'elles, soit à la loi choisie par les parties, sont trop générales.

Le lieu où une obligation est née et celui où elle doit être exécutée, sont seulement des éléments pour la recherche de la loi applicable.

Il n'appartient pas à la loi nationale ou domiciliaire d'une personne, de déterminer, d'une manière universelle, les obligations de cette personne. Tous les hommes ont le droit de prendre part à la vie active universelle, en se soumettant aux lois des divers groupes sociaux, qui forment le genre humain, dans la mesure de la pénétration de leur activité dans la vie active locale de ces groupes. La nationalité et le domicile des personnes sont seulement des éléments pour la recherche du droit applicable et, après que ce droit a été trouvé, pour l'interprétation des déclarations des personnes.

Pour ce qui est des obligations conventionnelles et des obligations basées sur un appel à la foi publique, l'autonomie des parties ne peut déterminer que d'une manière indirecte la substance de ces obligations. Les personnes ne sont autonomes que dans la mesure déterminée par la loi qui régit leur relation juridique. Si, dans les limites assignées par cette loi, elles font usage de leur autonomie pour choisir une loi, cette loi détermine la substance de leurs obligations, mais ce n'est pas par voie d'autorité,

c'est parce qu'elle fait partie du contenu de la déclaration de volonté.

Le juge, dont la loi nationale est muette, ne doit pas partir de règles générales, déterminant plus ou moins mécaniquement, la loi applicable à toutes les obligations ou à certaines classes d'obligations, il doit chercher quelles sont les exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle, en tenant compte de la nature et du but social des relations juridiques et des diverses faces qu'elles présentent.

Le juge déterminera d'abord si la relation juridique appartient par tous les éléments, décisifs pour son but social, à la vie active locale de son propre pays. Si cela est, cette relation sera locale-nationale, et soumise au droit national du juge. Si ces mêmes éléments rattachent la relation à la vie active locale d'un pays étranger déterminé, la relation sera locale-étrangère et soumise au droit de ce pays. Les droits des parties dans ce cas sont des droits acquis, qui doivent être respectés, à moins que l'ordre public universel ne s'y oppose. Si la relation ne rentre pas dans une des deux catégories locales, mais si elle pénètre par un élément prépondérant dans un cercle local de la vie active, le juge appliquera le droit local de ce cercle. A défaut d'élément de ce genre, le juge appliquera le droit commun international, et si ce droit ne renferme pas une règle applicable à la question à résoudre, le juge la décidera selon sa conscience, en appréciant librement les exigences de l'ordre raisonnable de la vie en société. Sous la face internationale, le juge tiendra compte de l'ordre public local de son pays, dans la mesure indiquée par une saine interprétation des lois d'ordre public local de ce pays.

---

§ 141. *Conclusions au point de vue du législateur national.*

A. **Observation générale.**

La position du législateur national, on le comprend, diffère de celle du juge. Les nœuds que le juge doit dénouer patiemment, le législateur peut les trancher. Ce dernier peut essayer de donner d'avance, à la vie active universelle, la certitude de la règle applicable. Une solution plus ou moins mécanique, obtenue par le moyen d'une règle générale, solution absolument condamnable au point de vue du juge, peut être recommandable pour le législateur, qui sacrifiera alors, dans un but pratique, l'élasticité du droit, dans le but d'obtenir la certitude de la règle applicable.

Il faut tenir compte de cette observation pour apprécier les textes des lois nationales et les projets qui s'adressent au législateur national. Mais en même temps on voit combien il est nécessaire de distinguer, d'un côté entre le juge et le législateur, et d'un autre côté entre ce dernier et la collectivité des nations.

Selon mon habitude de ne pas refaire un travail qui a été fait, j'accepte avec reconnaissance le matériel réuni par mes devanciers. Je ne songe pas à donner ici une énumération des lois et des projets. Ce travail a été fait, entre autres par Niemeyer et par Neumann (1). J'ajoute que dans le cours de mon travail j'ai eu l'occasion de citer les principales dispositions légales. Ici, je me contente de les ranger par catégories selon qu'elles portent sur le droit des obligations en général

(1) Voir volume I, § 2 p. 14, notes 4 et 5.

ou du moins sur certaines classes d'obligation, ou bien qu'elles se rattachent à des matières spéciales, telles que le contrat de transport, la lettre de change, etc.. Je ne m'occuperai que des textes, qui se rapportent à la substance des obligations, en rejetant dans l'ombre la capacité, la forme et la preuve, ainsi que la matière des effets et de l'extinction des obligations. Pour mémoire, je dirai qu'il y a quelques formules sur la loi qui doit régir la prescription.

B. **Tentatives de solution par la voie de la législation nationale.**

a. *obligations conventionnelles.*

aa. distinction entre les actes unilatéraux et les actes bilatéraux.

Quelques législations et quelques projets distinguent entre les dispositions unilatérales et les dispositions bilatérales, pour soumettre les premières, soit à la loi nationale du disposant, comme le fait l'avant-projet de Laurent (art. 16), qui ajoute la réserve: „à moins qu'il n'ait manifesté une volonté contraire'', soit alternativement à cette loi ou à celle du lieu de l'acte, suivant que l'une ou l'autre loi favorise le plus la validité de la disposition. C'est en ce dernier sens que se prononce le code civil autrichien (§ 35). Les dispositions préliminaires du code civil italien (art. 9) soumettent spécialement, à la loi nationale du disposant, la substance et les effets des *donations.*

Cette distinction radicale entre les actes unilatéraux et les actes bilatéraux, dans le droit international privé des obligations, ne me paraît pas avoir une grande importance, et j'aime mieux parler des obligations conventionnelles en général, ce qui n'exclut pas la possibilité de soumettre à un texte spécial la donation.

C'est surtout en ce qui concerne les obligations conventionnelles que les textes des lois et des projets présentent les différences, que j'ai mentionnées au début de mon travail. Au lieu d'énumérer ces textes, j'aime mieux analyser leur esprit en disant que les uns ont surtout pour but de *trancher les soi-disants conflits*, en indiquant la loi applicable, de manière à ne laisser au juge que la mission d'interpréter la règle — ce qui, soit dit en passant, n'est pas peu de chose — alors que d'autres textes ont attribué au juge le pouvoir et le devoir *de chercher la règle*, *selon les circonstances.*

Les premiers textes sont *plus mécaniques*, mais ils donnent d'avance, à la vie active, *la certitude de la règle*; les seconds ont *l'élasticité qui correspond aux mille nuances de la vie active*, mais *ils sacrifient à cette élasticité la certitude préalable du droit à appliquer.* Chacun de ces systèmes législatifs a donc un avantage, compensé par un inconvénient.

ab. règles qui ont surtout pour but de trancher les soi-disants conflits.

On se rappelle que ces règles diffèrent les unes des autres, selon que leur idée fondamendale est l'application:

de la loi du lieu du contrat;

de celle du lieu de son exécution;

de la loi personnelle, nationale ou domiciliaire, *des parties ou de l'une d'elles, particulièrement du débiteur*;

de la loi que les parties ont voulu suivre, expressément ou tacitement.

Dans les détails, il y a encore cent nuances. Les textes ne donnent pas toujours l'idée fondamentale dans les mêmes termes. Puis, ils ne se contentent pas de formuler cette idée, ils y ajoutent des règles subsidiaires. Il arrive même parfois

que la règle, subsidiaire en apparence, présente en réalité l'idée fondamentale.

Ainsi, le projet de code civil allemand (2e lecture, § 2242) renvoyait en principe à la loi du lieu du contrat, mais en tenant compte d'une intention contraire des parties. La loi congolaise de 1891, et les législations particulières de quelques cantons suisses, citées par Neumann, sont dans le même esprit.

Le renvoi à la loi du lieu où le contrat doit être exécuté forme l'idée fondamentale du code civil chilien de 1855 (art. 15) ; on trouve aussi ce renvoi dans l'„astikos nomos" grec du 28 Octobre 1856 (art. 6). Le traité de Montevideo, que je cite ici parce qu'il semble exprimer l'opinion dominante dans les pays de l'Amérique latine, où le droit international est étudié avec tant de zèle, a donné son appui à ce système (Droit civil, art. 33). Dans le projet de code civil suisse, le texte part de l'autonomie, mais en ajoutant qu'à défaut de désignation d'une loi, par une déclaration expresse ou tacite des parties, la *lex loci solutionis* sera appliquée, au moins dans les cas où c'est la Suisse qui forme le lieu de l'exécution (1).

J'ajoute, pour mémoire, que dans les systèmes, qui donnent une autorité fondamentale ou subsidiaire à la *lex loci contractus* ou à la *lex loci solutionis*, il est nécessaire de déterminer dans quel lieu sont censés conclus les contrats entre absents ou bien dans quel lieu doit être exécutée une convention, qui n'indique pas ce lieu.

La nationalité des parties forme tout au moins un des éléments de renvoi dans le célèbre article 9 des dispositions préliminaires italiennes, et le non moins célèbre art. 58 du code de

---

(1) Barazetti, dans la revue *Niemeyer*, 1903 (XII), p. 299.

commerce italien en fait mention aussi. J'ai eu souvent l'occasion de montrer les difficultés auxquelles ce dernier article donne lieu (1). Dans l'avant-projet de Laurent (art. 14), la loi nationale, commune aux parties, intervient en cas de doute, avant la loi du lieu où le contrat se passe; le projet de la commission belge (art. 7) parle du cas où les lois nationales des contractants disposent d'une manière identique. Le code civil japonais, dans son texte de 1890 (art. 5), parlait aussi de la nationalité commune des parties. En Allemagne, les projets de Mommsen et de Gebhard, cités par Neumann (2), se déclaraient, avec des nuances très sensibles, en faveur de la loi du domicile (ou même de la résidence) du débiteur au moment du contrat, tout en attribuant une influence aux circonstances, indiquant que les parties avaient eu en vue une autre loi.

L'autonomie des parties, qui a trouvé un défenseur si chaleureux dans le grand jurisconsulte belge Laurent, forme naturellement l'idée fondamentale de son avant-projet, déjà cité. La commission belge n'a pas donné, à la loi élue par les parties, la première place, bien qu'elle lui attribue la plus haute autorité; elle a ajouté que la faculté accordée, à cet égard, aux parties contractantes, ne peut avoir pour objet que la loi nationale de l'une d'entre-elles au moins, la loi du lieu du contrat ou la loi du lieu où le contrat doit être exécuté. La nouvelle loi japonaise de 1898, dite Ho-rei, (art. 7) renvoie en général à la volonté des parties, en ajoutant que si cette

---

(1) Conf. Diena, *sull' interpretazione dell' art. 58 del C. d. c.*, etc., dans la revue *Diritto commerciale*, 1905, fasc. 1—2, et une note du même auteur sur un arrêt de la Cour de cassation de Naples du 16 Juillet 1905, dans la *Rivista di diritto commerciale* III, 1905, fasc. 6.

(2) Op. cit., p. 207.

volonté n'est pas certaine, on applique les lois du lieu où l'acte s'est passé (1).

ac. règles qui ont attribué plus ou moins nettement au juge la mission de chercher la règle.

Le droit allemand peut être rangé dans cette catégorie, par suite du silence significatif qu'il a gardé (2). Il n'est pas encore possible de dire si la magistrature allemande fera un large emploi de sa faculté de chercher la règle, selon les circonstances, où si elle s'attachera aux règles traditionnelles. Dans notre pays et en France, où les lois sont muettes, l'influence de la tradition se fait toujours sentir.

Je relève, dans quelques lois et dans quelques projets, des expressions qui donnent au juge une grande latitude dans la détermination de la loi applicable, en lui prescrivant de faire usage de cette latitude.

A la rigueur, on peut ranger, dans cette dernière catégorie, le projet de ROCHOLL (3) qui veut que le juge recherche le *siège* d'une relation juridique. Cela fait songer à SAVIGNY, le grand initiateur, dont les travaux auraient eu une plus grande influence sur le développement du droit international privé, s'il n'était pas parti de l'idée que toute relation juridique a nécessairement un siège. Le code général monténégrin de 1888 (art. 792) mentionne en passant, comme un des éléments à prendre en considération pour déterminer ce que les parties ont voulu, ou auraient déclaré vouloir *si elles y avaient pensé*, la loi du lieu, qui, d'après les circonstances, forme *le point central* de l'acte

(1) YAMADA, dans le Journal de *Clunet*, 1901, p. 640.
(2) KUHLENBECK, *Das Einführungsgesetz* (1901), p. 29.
(3) NEUMANN, op. cit., p. 205.

juridique. Je retraduis le texte donné par NEUMANN; je n'ai pas le texte monténégrin sous les yeux. NEUMANN lui-même, dans son projet (§ 15), renvoie au droit international privé, en vigueur au lieu de l'acte juridique; pour les actes juridiques passés en Allemagne, il veut déclarer applicable la loi convenue par les parties, ou celle que les parties, *dans les circonstances données, ont dû prendre raisonnablement en considération.* Le code civil de Zurich (§ 5, reproduit dans les lois des cantons de Schaffhausen et de Zug), parle subsidiairement de la loi dont les parties ont voulu l'application d'après *la nature intime de la relation juridique*, et l'ancien texte japonais de 1890 renvoyait, en cas de doute, à la loi du pays, *qui a le plus grand nombre de rapports de fait avec le contrat.* Cette expression, je le répète, est la traduction d'une traduction, mais elle est caractéristique. NIEMEYER, dans son projet de 1895 (§ 7) renvoyait, en fin de compte, aux lois, *dont l'application, selon les circonstances du cas, devrait être considérée comme justifiée, conformément à la nature et au but de l'administration de la justice, au point de vue de la communauté juridique internationale.*

J'ajoute, pour terminer, et bien que dans l'espèce il se soit agi d'un projet de règlement international, que la proposition, faite par ROGUIN dans la troisième conférence de La Haye pour la codification du droit international privé (1), exprime l'idée que le juge, *finalement*, doit appliquer la loi lui paraissant répondre le mieux aux circonstances du cas concret, sans être lié par aucune présomption, ni absolue, ni même seulement relative.

---

(1) Actes de la 3ième Conférence (1900) p. 62.

ad. conclusions en ce qui concerne les obligations conventionnelles, au point de vue du législateur national.

La différence entre le point de vue du juge et celui du législateur se montre dans le fait que ce dernier peut trancher les questions, s'il est d'avis que la certitude de la règle est préférable à l'élasticité du droit. Dans le cours de mon travail, je me suis placé, de préférence, au point de vue d'un juge dont la loi nationale est muette, mais comme, en faisant mes investigations, je me suis appliqué à mettre les principes traditionnels sur la pierre de touche des exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle, les résultats de ces investigations peuvent servir à résoudre la question de savoir si le législateur fait bien de lier ici la conscience du juge au moyen de règles renvoyant à telle ou telle loi déterminée pour les obligations conventionnelles en général.

Ma réponse est négative. Aucune des règles traditionnelles ne répond suffisamment aux exigences de la vie active universelle pour qu'on puisse dire que la certitude mécanique ou quasi-mécanique de la règle est préférable en général à l'élasticité du droit. D'un autre côté, si je n'accepte pas, comme idée fondamentale, l'autonomie des parties, la place que je donne à cette autonomie est assez grande, pour que les parties puissent, si elles le veulent, déterminer dans la plupart des cas quel droit régira la substance de leurs prestations conventionnelles. Les parties ne seront autonomes que dans la mesure indiquée par le droit qui régit leur rapport juridique, et les restrictions que ce droit a apportées à leur liberté seront observées, mais la liberté qui leur reste est tout juste celle qu'il leur faut. L'ordre public local et l'ordre public de la société universelle

se feront valoir avec toute la force désirable ; au lieu de fournir la matière d'exceptions à apporter au principe d'autonomie, ils limiteront l'autonomie, ce qui est leur véritable nature.

Mais si je considère le silence du législateur comme préférable à une formule consacrant une des règles traditionnelles, ce silence a des inconvénients que mon travail, à ce qu'il me semble, permet de voir. D'abord il n'est pas certain que le juge fasse l'investigation voulue ; il est à craindre que les principes traditionnels ne continuent à dominer par le seul effet de la tradition ou par l'autorité des auteurs. Puis, il est à craindre aussi que par suite de la force d'inertie des systèmes, le juge ne continue à chercher à pêcher dans la masse des lois, qui touchent d'une manière quelconque à une relation juridique, *la loi applicable*, au lieu de tenir compte du *droit commun international*, qui lui permet d'appliquer une règle de droit sans passer nécessairement par une loi.

Je conclus que le législateur national, s'il veut insérer dans ses lois une règle sur l'application du droit aux obligations conventionnelles en général, ne doit pas suivre un des systèmes traditionnels, mais qu'il doit adopter une formule, qui oblige le juge à déterminer, dans chaque cas, le droit applicable, sans s'attacher à des règles traditionnelles fixes ou à des présomptions générales, mais en tenant compte de la nature des relations juridiques, des faces qu'elles présentent dans la vie active, ainsi que du rapport de leurs éléments de fait, décisifs ou prépondérants pour leur but social, avec un cercle local de la vie active, et en donnant à l'autonomie des parties l'influence compatible avec l'autorité du droit qui régit leur convention.

Cette formule n'est que l'esquisse d'un avant-projet, mais je crois pouvoir dire modestement que, comme telle, elle peut avoir une certaine valeur.

b. *actes illicites.*

ba. rappel des principaux textes.

Dans le cours de mon travail, j'ai eu l'occasion de les citer, je me contente d'un rappel.

Ainsi une formule très générale soumet les actes illicites, ou les délits civils et les quasi-délits, comme le dit LAURENT dans son avant-projet (art. 17), à la loi du lieu de l'acte.

Mais il y a une foule de restrictions. La loi allemande sur la mise en vigueur du code civil (art. 12) dit que les suites d'un acte illicite, commis par *un Allemand* à l'étranger, ne peuvent pas être plus étendues que celles que la loi allemande attache à cet acte. La loi japonaise, dite de *Ho-rei* (art. 11), exige que l'acte illicite, qui s'est passé à l'étranger, soit aussi illicite d'après la loi du Japon, en ajoutant que, même dans ce cas, la victime ne peut demander que les dommages-intérêts ou les mesures prévues par les lois du Japon.

Quelquefois on a voulu tenir compte de la nationalité commune de l'auteur du fait et de la victime, au moins quand les deux personnes sont citoyens du pays, dont il s'agit de rédiger la loi. Tel est le sens du projet MOMMSEN (§ 7). Le projet allemand (2e lecture, § 2243, cité avec une petite erreur de texte par NEUMANN) disait qu'en tant qu'une loi allemande s'étend à un acte illicite commis en pays étranger, le droit allemand doit être appliqué à la relation obligatoire qui en naît.

bb. conclusions en ce qui concerne les actes illicites, au point de vue du législateur national.

Nous avons vu que l'acte illicite *personnel*, *dommageable* et *imputable* entraîne, en vertu du droit commun international,

une obligation de réparer le dommage causé par cet acte, et qu'une étude des éléments de fait de cette relation juridique conduit à la conclusion que le lieu de l'acte, en tant que cet acte est commis sur le territoire d'une nation, détermine en principe le caractère illicite de cet acte. Cela est d'accord avec les exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle.

Dans cet esprit, si le législateur veut donner, sous ce rapport, à la vie active universelle, la certitude de la règle, il peut dire sans inconvénient que l'acte personnel, dommageable et imputable, déclaré illicite par le droit du pays où l'acte s'est passé, entraîne une obligation de réparation, dont la mesure est le dommage causé, sans que l'application d'une loi étrangère puisse étendre cette mesure. Il ne me paraît pas qu'il y ait lieu de limiter cette dernière restriction au cas où l'auteur du fait est un citoyen du pays. Je me permets de faire observer que la formule en question laisse une large influence à la conscience du juge, qui aura à déterminer si l'acte est „personnel", „dommageable", et „imputable", et s'il y a un rapport de causalité entre le fait et le dommage. Le juge doit encore définir et mesurer ce dommage.

Mais cette formule ne s'étend pas, et ne doit pas être étendue, au dommage causé par le fait d'autrui ou au dommage causé par un acte licite en lui-même. Si l'on voulait formuler un texte, indiquant pour ces divers cas le droit applicable, il faudrait que ce texte fût élastique, de manière à obliger le juge de tenir compte de la nature de la relation juridique, des faces qu'elle présente dans la vie active, et des éléments de fait qui peuvent la rattacher à un cercle local de cette vie active.

Elle ne s'étend pas non plus au dommage causé en pleine mer par un abordage, particulièrement entre navires portant un pavillon différent. Nous avons examiné les formules qui

ont essayé d'arriver, pour ce cas, au renvoi à une loi ou du moins à une règle, et nous avons dû conclure que le droit commun international exigeait impérieusement une codification internationale du fond du droit, codification qui d'ailleurs aujourd'hui est bien près d'aboutir.

c. *autres sources d'obligation.*

ca. rappel des principaux textes.

Je me permets de réunir ici ce que j'ai distingué dans le cours de mon ouvrage; généralement les textes n'entrent pas dans ces distinctions.

Il n'y a pas de textes généraux pour les obligations que j'ai appelées les obligations dérivant d'un appel à la foi publique. Cette classe d'obligations n'est pas même généralement admise. Nous avons seulement trouvé des formules pour des catégories spéciales, la lettre de change, le billet à ordre, etc.

On trouve quelques formules générales pour les obligations qui ne naissent ni d'un contrat ou d'un acte juridique entre-vifs, ni d'un acte illicite. Le projet allemand (2e lecture, § 2244) voulait renvoyer à la loi du lieu où le fait (Thatbestand), dont l'obligation résulte, s'est réalisé, en tant que les lois allemandes n'en avaient pas disposé autrement. GEBHARD, dans ses projets (1), voulait prendre pour base la loi du domicile ou de la résidence du débiteur au moment de la réalisation du fait, tout en réservant la nature particulière de certaines relations juridiques. Le code monténégrin (art. 794) vise simplement le lieu du fait. LAURENT (avant-projet, § 17) a parlé d'une catégorie d'obligations, qu'il considère comme résultant de l'autorité seule de la loi.

---

(1) NEUMANN. op. cit., § 217.

Il y a enfin quelques textes visant les quasi-contrats ou les faits qui, dans la tradition, appartiennent à cette catégorie. Laurent, dans son avant-projet (§ 17), fait mention, comme nous l'avons vu, des quasi-contrats, qu'il déclare soumis à la loi personnelle des parties, si elles ont la même nationalité, et à la loi du lieu où le quasi-contrat se forme si elles appartiennent à des nations différentes. Roguin, dans son projet mentionné plus haut, vise la législation de l'Etat, dans lequel s'est passé le fait qui a donné naissance à l'obligation quasi-contractuelle. La loi japonaise (art. 11) nomme la gestion d'affaires et l'enrichissement indu, pour les soumettre aux lois du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation.

cb. conclusions en ce qui concerne les autres sources d'obligations, au point de vue du législateur national.

J'ose dire modestement que mes investigations montrent le danger de tous ces textes tranchants; la multiplicité des cas et la diversité de leur nature rendent préférable l'élasticité du droit, qui résulte du silence du législateur, alors surtout que la tradition n'a pas jeté ici la base de systèmes.

Pour ce qui est des quasi-contrats et particulièrement de la gestion d'affaires et de l'enrichissement illégitime, ma conclusion est aussi que le silence vaut mieux que le renvoi à la loi du lieu où le fait s'est passé ou à la loi du domicile ou de la nationalité du débiteur. L'absence de systèmes traditionnels ne rend pas absolument nécessaire ici une formule générale. En ce qui concerne la gestion d'affaires, il y a un droit commun international assez bien caractérisé. Et pour

ce qui est de l'enrichissement illégitime, on peut dire que quant au paiement indu il y a un droit commun international et que, quant aux autres cas d'enrichissement, la diversité des faits et les dissentiments théoriques s'opposent à une formule contenant un renvoi à une loi. Si cependant le législateur avait lieu de craindre l'application d'un système mécanique, il faudrait lui recommander une formule, large et élastique, dans le genre de celle qui a été donnée plus haut.

Dans la matière de l'assistance maritime, je ne peux que répéter l'observation que j'ai faite pour les abordages en mer.

d. *relations juridiques spéciales.*

da. rappel de ce qui a été dit dans le cours de l'ouvrage.

Dans un très grand nombre de cas, nous avons trouvé dans les lois des dispositions de droit international privé, renvoyant à une loi et même parfois à une règle de droit, pour certaines relations juridiques spéciales.

J'ai déjà parlé de la donation, des abordages (code de commerce portugais, art. 674) et du sauvetage (même code, art. 690), mais il y a, comme on sait, une foule d'autres matières. Une partie de ces matières fait l'objet du traité de droit commercial de Montevideo.

Une catégorie très importante de dispositions se rattache au droit de la lettre de change (billet à ordre, chèque), et nous avons eu l'occasion de parler de l'ordonnance allemande, de la loi anglaise de 1882, etc.

On trouve encore des textes dans le droit des sociétés (loi belge du 18 Mai 1873, artt. 128—130), dans le droit maritime (code de commerce néerlandais, art. 498), etc.

Ce n'est pas le moment de reprendre toutes ces matières. il nous suffit de constater l'existence de dispositions particulières.

db. conclusions en ce qui concerne certaines relations juridiques spéciales, au point de vue du législateur national.

Nos investigations nous ont permis de reconnaître qu'en bien des cas, même pour les relations juridiques qui se présentent sous la face internationale, le renvoi à une loi peut avoir lieu, et que l'application rationnelle d'une bonne méthode d'investigation conduira souvent le juge à déclarer applicable telle ou telle loi.

Il est évident que ce que l'interprète scientifique peut faire par raisonnement, et ce que le juge peut faire par application des principes, le législateur peut le faire au moyen de textes, et que cette manière d'agir est de nature à assurer d'avance, à la vie active, la certitude de la règle.

Il faut dire seulement que le législateur ne doit pas sacrifier, dans une mesure exagérée, l'élasticité du droit à la certitude préalable de la règle. Pour chaque matière, il doit examiner si l'avantage de cette certitude n'est pas acheté trop cher. Si mon travail n'a pas la prétention de fournir à ce sujet, pour toutes les relations juridiques spéciales, des données suffisantes, je crois pouvoir dire que je n'ai pas fait une œuvre inutile en posant, pour chaque cas spécial, la question comme elle doit l'être.

C. **Résumé des conclusions au point de vue du législateur national.**

La distinction entre les obligations conventionnelles, les obligations qui naissent d'actes illicites, et les obligations qui

ont une autre source, est tellement enracinée dans les lois, qu'il me semble utile de la prendre pour base de mes conclusions. Je crois cependant pouvoir faire une catégorie spéciale des obligations qui dérivent d'un appel à la foi publique, que j'ai examinées avec soin et que je ne considère pas comme comprises dans la classe des obligations conventionnelles. Le législateur, qui serait d'un autre avis, pourrait simplifier les formules, en réunissant les obligations conventionnelles et les obligations dérivant d'un appel à la foi publique sous une même rubrique.

Mes conclusions, au point de vue du législateur national, sont les suivantes.

I. *En ce qui concerne les obligations conventionnelles :*

L'avantage de la certitude de la règle, que l'on peut obtenir au moyen d'un système, qui renvoie toujours à une loi déterminée, est moins grand que l'inconvénient de l'application mécanique, qui résulte de ce renvoi. Le législateur doit même empêcher que le juge ne fonde sa décision sur un des systèmes traditionnels, qui conduisent mécaniquement à l'application d'une loi. Il doit permettre au juge, d'un autre côté, d'appliquer, au lieu d'une loi, le droit commun international, et par suite, il faut qu'il parle de l'application du droit et non de la recherche d'une loi. Il faut recommander, à titre d'avant-projet une formule,

— qui prescrit au juge de déterminer, dans chaque cas, le droit applicable, sans s'attacher à des règles fixes ou à des présomptions générales ;

— en tenant compte de la nature des relations juridiques, des faces qu'elles présentent dans la vie active, ainsi que du

rapport entre les éléments de fait, décisifs ou prépondérants pour leur but social, et un cercle local de la vie active ;

— et en donnant à l'autonomie des parties l'influence compatible avec l'autorité de la loi qui régit leur convention.

II. *En ce qui concerne les obligations basées sur un appel à la foi publique :*

L'influence exercée, sur cette matière, par les systèmes traditionnels, ne permet pas au législateur de garder le silence, dès qu'il ne considère pas ces sortes d'obligations comme rentrant dans la classe des obligations conventionnelles.

Dans cet esprit, il faut recommander, à titre d'avant-projet, une formule, excluant, comme la formule qui précède, l'autorité des règles fixes et des présomptions générales, et prescrivant au juge de tenir compte de la nature, des faces et des éléments de fait des relations juridiques, comme il est dit plus haut, en ajoutant que le juge donnera à la confiance inspirée au public, par les déclarations faites sur des titres, l'influence compatible avec l'autorité de la loi qui régit ces déclarations.

III. *En ce qui concerne les obligations, dérivant d'actes illicites :*

Le législateur peut dire, sans inconvénient, que l'acte personnel, dommageable et imputable, déclaré illicite par la loi du lieu où cet acte a été commis, entraîne une obligation de réparation, dont la mesure est le dommage causé par cet acte, sans que l'application d'une loi étrangère puisse étendre cette mesure.

IV. *En ce qui concerne les obligations, qui ont une autre source:*

Ces obligations comprennent, entre autres, la responsabilité du chef des actes d'autrui ou du chef d'actes licites en eux-mêmes, puis l'enrichissement illégitime, la gestion d'affaires, les communautés spéciales, etc.. L'absence de systèmes traditionnels permettrait au législateur de garder ici le silence, sans inconvénient majeur, surtout lorsqu'il a formulé, d'une manière suffisamment large et élastique, le principe qui régit les obligations conventionnelles et les obligations de foi publique. Si cependant le législateur avait lieu de craindre une application mécanique de la loi du lieu où un fait s'est passé ou de la loi nationale ou domiciliaire des personnes, il faudrait recommander, à titre d'avant-projet, une formule qui, comme il a été dit, excluerait les règles fixes et les présomptions générales, et prescrirait au juge de tenir compte de la nature, des faces et des éléments de fait des relations juridiques.

V. *En ce qui concerne certaines relations juridiques spéciales:*

En tant que le législateur peut se rendre compte de leur nature, des faces qu'elles peuvent présenter et du rapport de leurs éléments de fait avec un cercle local de la vie active, il peut déterminer d'avance quel droit ou même quelle loi les régira dans la vie active internationale. Pour chacune de ces obligations, le législateur, en posant des règles particulières, doit examiner si, dans une société internationale soumise à l'ordre raisonnable de la vie active, l'avantage de la certitude préalable de la règle n'est pas dominé par l'inconvénient de la fixation de cette règle.

---

§ 142. *Conclusions au point de vue d'une codification internationale*

A. Observations générales.

Il y a encore une nuance très sensible entre le point de vue du législateur national et celui de la collectivité des Etats, désireuse de codifier, par des mesures supranationales, le droit privé de la communauté du genre humain. Le législateur isolé ne peut pas assurer l'uniformité de l'application du droit dans cette communauté, la collectivité le peut. Par contre, il faut dire qu'elle ne le peut que s'il y a, au sein de la collectivité, une certaine unité dans la manière de concevoir la nature des relations juridiques et leur but social.

Dans le travail que j'ai consacré à la méthode du droit international privé, j'ai étudié les deux formes que la codification internationale peut prendre et je me permets de résumer mes conclusions de jadis, conclusions qui ont été confirmées par le mouvement scientifique et diplomatique des temps modernes. J'ai constaté d'abord l'absence d'un corps législatif international, qu'on ne peut encore concevoir qu'en rêve. Mais j'ai pu montrer ensuite que les Etats, qui, dans leur collectivité, représentent le pouvoir législatif du genre humain, peuvent se servir et se servent de deux formes, que j'ai désignées sous le nom de menue monnaie de la loi internationale: le traité et la loi uniforme.

Ces deux formes diffèrent l'une de l'autre.

Le traité, qui, dans son sens le plus restreint, est une convention par laquelle les Etats, comme sujets juridiques, s'obligent les uns envers les autres, est, dans le sens plus large que la pratique du droit public international commence

à lui imposer, le document qui constate un acte législatif commun. La loi uniforme est, dans son sens le plus restreint, un ensemble de lois nationales identiques, et dans son sens plus large, un ensemble de lois modelées sur un type élaboré de commun accord par les Etats. Les deux formes de codification, prises dans leur sens large, tiennent lieu de lois internationales. Le choix à faire entre ces deux formes est important, mais l'élément principal de ce choix est l'opportunité. Le traité se prête mieux à des concessions réciproques, mais, s'il n'est pas universel, il laisse subsister, quant aux rapports avec le territoire et les citoyens des Etats qui ne l'ont pas signé ou ratifié, l'incertitude du droit. Il a de plus le désavantage de lier le pouvoir législatif national pendant le temps pour lequel le traité est conclu. Les lois uniformes n'ont pas ce dernier désavantage. Chacune d'elles forme, pour le juge d'un pays, une instruction d'une portée universelle. Elles peuvent laisser subsister, quand il y a accord sur le principe, des différences légères motivées par les mœurs locales; mais elles se prêtent moins bien à des concessions réciproques et à des transactions, qui peuvent être utiles quelquefois, quand ce ne serait que par voie de transition, et elles ne garantissent aucunement que les textes votés ne seront pas abrogés ou modifiés arbitrairement.

Il n'est pas exact de dire que le traité est plutôt destiné à contenir les règles sur les soi-disants conflits, et que la loi uniforme porte plutôt sur le fond du droit. Cette thèse se rattache à une conception étroite du droit international privé, dont on veut faire la science des conflits, alors que c'est le droit privé considéré au point de vue de la communauté juridique du genre humain, ce qui lui permet de comprendre aussi bien l'uniformité matérielle du droit que l'harmonie dans la diversité.

En réalité les deux modes de codification peuvent se contenter de déterminer le droit local applicable ou aller jusqu'à la codification complète du droit commun international. Le choix à faire entre ces deux systèmes de codification dépend du degré de développement de la conviction juridique commune des Etats.

B. Tentatives de solution par la voie d'une codification internationale.

a. *l'harmonie dans la diversité.*

J'ai eu l'occasion de parler, au début de mon travail, des tentatives qui ont été faites dans le but d'obtenir, par la voie d'une codification internationale, des règles uniformes, renvoyant à des lois, et dans le cours de mon travail, j'en ai analysé les textes. Il me suffit de rappeler brièvement les principales tentatives.

Les traités de Montevideo doivent être mentionnés en premier lieu. La proposition Roguin, que l'on trouve dans les actes de la troisième conférence de La Haye pour la codification du droit international privé, vient ensuite. Puis il faut citer les travaux des associations scientifiques et des congrès, particulièrement ceux de l'Institut de droit international. L'avant-projet de D. Dudley Field contient aussi, dans le titre XXVI de son premier livre, des dispositions très intéressantes sur le droit des obligations; l'honorable auteur vise tantôt à l'unification matérielle, tantôt à l'harmonie dans la diversité.

b. *l'uniformité matérielle du droit.*

Je me contente également d'un simple rappel des principales tentatives.

Il est certain qu'il n'y aura pas de sitôt, pour le monde ou

même pour l'Europe, un pouvoir législatif fédéral. Mais, à titre de documents historiques, il est permis de parler des mesures d'unification, prises dans les Etats fédératifs, ou même dans les groupes d'Etats, où se manifeste une tendance à la fédération. Ces mesures ont préparé, dans ces groupes, l'avénement d'un pouvoir législatif central.

C'est dans cet esprit que je mentionne l'Allemagne et la Suisse. L'unification du droit a fait des progrès remarquables dans les Etats scandinaves, et si l'on tient compte des particularités de l'organisation politique des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, on peut voir également une œuvre internationale dans la loi uniforme sur les lettres de change, qui est occupée à se frayer un chemin dans les législatures des Etats de l'Union.

Pour ce qui est des mesures destinées à prévenir les abordages en mer, l'uniformité a pu être acquise, sous l'aiguillon de la nécessité, d'autant plus facilement que ces mesures n'étaient pas, le plus souvent, contenues dans des actes législatifs proprement dits, mais dans des arrêtés des pouvoirs exécutifs. Il n'a pas fallu de traités. Le traité de Berne, sur les transports de marchandises par les chemins de fer, a obtenu, par une autre voie, l'unification de certains principes de droit privé ; il contient aussi des mesures administratives et des règles pour la solution de quelques soi-disants conflits. Ces deux matières prouvent qu'il n'y a pas une opposition absolue entre la loi uniforme et le traité, ou entre l'harmonie et l'unification.

Je ne parle que pour mémoire des conventions télégraphiques et postales, des unions pour la protection de la propriété intellectuelle, etc., bien que ces documents internationaux touchent parfois au droit privé des obligations.

Les tentatives scientifiques, ainsi que les tentatives semi-officielles et officielles, faites dans le but d'arriver à l'unification du droit, pour certaines matières spéciales du droit des obligations, sont nombreuses également. J'ai parlé des travaux de l'Association de droit international, de l'Institut de droit international, du Comité maritime international, et même de certains congrès particuliers. Les congrès d'Anvers (1885) et de Bruxelles (1888) ont eu un caractère semi-officiel, et la Belgique, dans les dernières années, s'est occupée spécialement de faire adopter, dans des réunions officielles de délégués, des textes uniformes dans les matières de l'abordage maritime et de l'assistance.

Les idées ont marché, elles marchent encore, et, si elles ne vont pas vite, il n'est pas probable qu'elles s'arrêtent ou retournent en arrière.

C. **L'objet de la codification internationale.**

Les Etats, agissant collectivement, peuvent exercer en commun les pouvoirs du législateur isolé ; ils peuvent notamment donner aux juges des instructions dans le genre de celles que j'ai indiquées dans le § précédent. Si ces instructions sont identiques, le droit international des obligations acquerra le degré de certitude compatible avec l'élasticité réclamée par les complications de la vie, et l'unité de base de la jurisprudence du monde donnera un grand essor au droit commun international. Les instructions en question sont assez simples pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à des traités. Il serait inutile et même nuisible de faire une différence entre les citoyens des Etats qui ont adhéré à des traités et ceux des Etats qui ne l'ont pas fait.

Mais si, sous ce rapport, il n'y a qu'une différence minime entre le législateur isolé et les Etats, qui exercent en commun le pouvoir législatif international, ces derniers ont un rôle, que l'Etat isolé ne peut pas remplir, celui de préparer et d'élaborer le droit, uniforme quant au fond.

Combien de fois, en faisant mes investigations, n'ai-je pas dû arriver à la conclusion que, dans certains cas précis, les règles, *renvoyant à une loi*, ne donnaient pas un résultat satisfaisant, au point de vue des exigences raisonnables de la vie active universelle? On me dira peut-être que cela tient à ma méthode d'investigation, qui cherche le droit applicable au lieu de choisir, comme on l'a fait souvent avant moi, parmi les lois qui ont un rapport plus ou moins direct avec une relation juridique, une de ces lois, pour en faire la loi applicable universellement à cette relation. Je comprends parfaitement qu'on le dise, surtout du côté de ceux qui suivent la méthode que je combats, mais je me permets de répondre que ma méthode d'investigation n'exclut aucune des règles traditionnelles, bien qu'elle refuse de se déclarer leur esclave, elle n'empêche aucunement l'interprète d'aboutir au renvoi à une loi, lorsque ce renvoi est conforme aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active. Et lorsque, dans certains cas précis, j'arrive à la conclusion qu'aucune règle de renvoi ne donne un résultat conforme à ces exigences, il m'est permis de dire que le système, qui comporte un renvoi, n'est *pas satisfaisant* dans ces cas, et que la matière exige une codification uniforme du fond du droit.

Cette exigence est particulièrement impérieuse pour les relations juridiques, qui se présentent normalement sous la face internationale et qui, en même temps, ne pénètrent pas, le plus souvent, dans un cercle local de la vie active. La vie

active universelle, à laquelle ces relations appartiennent, veut un droit clair et précis, avec une sphère d'application aussi large que la vie active elle-même. On constate alors que ce n'est pas le défaut d'harmonie dans la diversité qui est la cause de l'état peu satisfaisant du droit international, *mais la diversité elle-même.* Ces matières se trouvent surtout dans le domaine du commerce et des échanges internationaux, plus particulièrement dans celui des moyens de transport, de la lettre de change et des autres titres, des actes illicites ou du moins dommageables commis en mer, de l'assistance maritime, etc.. L'uniformité s'impose alors parce que la source des inconvénients est la diversité, et que la règle de renvoi la plus habilement conçue ne peut pas la faire disparaître.

Cependant je ne voudrais pas dire que l'élaboration d'un *code de commerce international* soit bien désirable, et je me permets de rappeler que la distinction entre les commerçants et les non commerçants, entre les actes de commerce et les actes civils, entre les relations juridiques nées du commerce et les relations civiles, n'a jamais pu servir, dans le droit international privé, à autre chose qu'à embrouiller les questions. Cette distinction a des racines historiques qui ne seront pas faciles à arracher, mais elle a perdu sa raison d'être, surtout depuis que le travail, comme source du bien-être individuel et social, est devenu égal en importance, tout au moins, au commerce. Mieux vaut prendre pour but final un code international des obligations. Sans doute cela n'est pas un but facile à atteindre, mais il n'est pas nécessaire d'y arriver du premier coup. On peut commencer par élaborer des ordonnances uniformes spéciales, pour le droit maritime par exemple, ou plus modestement encore pour les effets civils des abordages,

pour l'assistance maritime, pour les avaries communes et pour l'affrétement, puis prendre le droit des titres, ou si l'on veut aller plus doucement, le droit de la lettre de change, et enfin la vente, la commission, le contrat de travail, les sociétés, les assurances, etc.. La partie générale des obligations, et les matières qu'il faudrait y annexer, par exemple le droit des actes juridiques, y compris la représentation, et peut-être le droit des biens meubles, pourraient venir en dernier lieu, comme le couronnement de l'édifice. L'exemple de l'Allemagne et celui de la Suisse prouvent que l'on peut arriver à l'uniformité par degrés.

D. Résumé des conclusions, au point de vue d'une codification internationale.

Dans les temps où nous vivons, un pouvoir législatif universel ne peut être conçu qu'en rêve. Mais les nations, désireuses de faire du droit des obligations l'objet d'une codification internationale, peuvent se rapprocher de ce but au moyen de lois uniformes et de traités. Ces deux modes de codification peuvent porter, soit sur des règles destinées à assurer l'harmonie dans l'application du droit tant que les lois nationales différeront, soit sur l'unification du fond même du droit. Le choix à faire, entre la loi uniforme et le traité, ou entre l'harmonie et l'unification, ne dépend pas de principes abstraits, mais du degré de développement de la conscience juridique des nations.

Un progrès sensible serait réalisé si les nations se mettaient d'accord pour insérer *dans leurs lois* des règles uniformes, écartant, comme il a été dit dans le § précédent, les systèmes traditionnels qui conduisent mécaniquement à la désignation

d'une loi, et imposant au juge le devoir de tenir compte de la nature des relations juridiques, de leurs faces et des éléments de fait, décisifs ou prépondérants pour leur but social. Cette disposition pourrait être complétée, comme il a été dit également dans le § précédent, par des règles portant sur les obligations conventionnelles, sur les actes illicites et, éventuellement, sur les obligations dérivant d'un appel à la foi publique. Les lois pourraient encore, en ce qui concerne certaines relations particulières, conventionnelles ou non, dont la nature et le but social ne donnent pas lieu à des divergences profondes, déterminer d'avance, pour les diverses faces qu'elles peuvent présenter, quels sont les éléments de fait décisifs ou prépondérants, et arriver ainsi à l'indication uniforme d'un droit ou même d'une loi applicables.

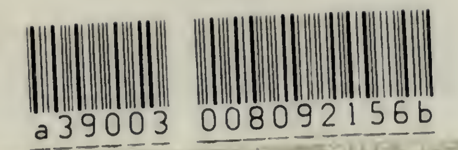
Mais ce résultat ne peut pas être considéré comme tout à fait satisfaisant, parce qu'il y a des institutions juridiques, internationales par excellence, qui supportent mal la diversité du droit, même sous l'empire d'une règle visant à l'harmonie, et qui exigent un droit commun, régissant pleinement la vie active universelle.

Ces institutions se trouvent particulièrement dans le droit des moyens de communication, et tout spécialement dans celui des transports terrestres et maritimes, ainsi que dans celui des échanges internationaux. Cependant l'élaboration d'un code de commerce international ne doit pas être particulièrement recommandée. Mieux vaut prendre, pour but final, un code international des obligations, et préparer son avénement par des ordonnances uniformes, portant sur des matières, empruntées au droit des moyens de communication et des échanges internationaux, et qu'on pourrait considérer comme formant l'objet d'une conviction juridique

commune des nations. En gravissant ainsi prudemment les degrés au lieu de vouloir bondir jusqu'au sommet, on peut arriver à un droit commun international, jouissant de la certitude attachée à la codification, et conforme aux exigences de l'ordre raisonnable de la vie active universelle.

FIN





a39003 008092156b

